

Die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung

**Zum materiellen Gehalt
verfassungsrechtlicher Gesetzgebungszuständigkeiten,
dargestellt am Beispiel von Art. 74 Nr. 16 GG**

Heinz-Ulrich Denner

1976

Die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung

Zum materiellen Gehalt verfassungsrechtlicher Gesetzgebungs-
zuständigkeiten, dargestellt am Beispiel von Art.74 Nr.16 GG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität zu München



vorgelegt von
Heinz-Ulrich Denner

1976

Referent : Professor Dr. Peter Lerche

Korreferent : Professor Dr. Peter Badura

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Februar 1976



Mais c'est une expérience
éternelle que tout homme
qui a du pouvoir est porté
à en abuser; il va jusqu'à
ce qu'il trouve des limites.
Qui le dirait! la vertu
même a besoin de limites.

Montesquieu, De l'Esprit des Lois
Livre XI, Chap.IV

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Einleitung	1
------------	---

<u>1. Teil: Die Stellung der Zuständigkeitsbestimmungen des Grundgesetzes im Gesamtzusammenhang der Verfassung</u>	4
--	---

§ 1 Formeller Zuständigkeitsbegriff	4
1. Vorbemerkung	4
2. Wortbedeutung des Zuständigkeitsbegriffs	6
3. Vertikale Ordnungsfunktion von Zuständigkeitszuweisungen im föderativen Staatssystem	6
4. Behandlung der Kompetenzfrage in den vorbereitenden Beratungen zum Grundgesetz	9
5. Formelles Kompetenzverständnis als Ausdruck des Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft	13

§ 2 Die materielle innere Struktur verfassungsrechtlicher Zuständigkeitszuweisungen	16
1. Fortentwicklung des formellen Kompetenzbegriffs	16
2. Horizontale Aufgaben- und Gewaltzuweisungsfunktion	19
3. Legitimations- und Garantiefunktion von Kompetenzbestimmungen	21
a) "Positive" Wechselbeziehungen zwischen Kompetenz und Gesamtverfassung	21
b) "Negative" Wechselbeziehungen zwischen Kompetenz und Gesamtverfassung	23

	Seite
4. Zwischenergebnis	23
5. Die Obligationsfunktion von Kompetenzbestimmungen	26
a) Gesetzgebungspflicht und Gemeinwohl	26
b) Gesetzgebung - Verfassungsvollzug oder souveräne Staatstätigkeit des Gesetzgebers?	27
c) Verfassungsaufträge und Verfassungsbefehle	29
d) Begriffliche Grenzen und Überschneidungen	34
§ 3 Die verschiedenen Arten von Verfassungsbefehlen	35
1. Unbedingte, explizite Verfassungsbefehle	35
2. Unbedingte, implizite Verfassungsbefehle	37
§ 4 Unbedingte, implizite Verfassungsbefehle im Grundgesetz	41
1. Beispiele in der Verfassungsrechtslehre für unbedingte, implizite Verfassungsbefehle	41
a) Subventionierungspflicht für private Ersatzschulen aus Art.7 Abs.4 GG als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl	41
b) Art.5 Abs.1 GG als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl	42
c) Art.15 GG als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl	43
d) Art.74 Nr.16 GG als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl	44
e) Stellungnahme	46
2. Problem der Konkretisierbarkeit von Gesetzgebungspflichten aus Kompetenzbestimmungen	47
§ 5 Thesen und Argumente gegen eine Konkretisierbarkeit von Gesetzgebungspflichten aus Kompetenzbestimmungen	48

	Seite
1. These. von der materiellen Beschränkung des Gehalts konstitutiver Kompetenzzuweisungen im Sinne von unverbindlichen "Staatszielbestimmungen"	48
2. Konkretisierbarkeit von Gesetzgebungspflichten im Wandel des materiellen Inhalts der Aussagen des Verfassungstextes?	52
3. Scheinbare Zufälligkeit von Kompetenzzuweisungen als Indiz für ihre materielle Neutralität?	55
4. Stellungnahme	57
§ 6 Inhaltliche Gestaltungspflichten des Gesetzgebers im Rahmen unbedingter, impliziter Verfassungsbefehle	62
1. Konkretisierbarkeit inhaltlicher Gestaltungspflichten bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verfassungstext	62
2. Unbestimmt Rechtsbegriff und Regelungsziel	64
3. Zwischenergebnis	65
§ 7 Zusammenfassung	66
<u>2. Teil: Der materielle Gehalt des Art.74</u>	
<u>Nr.16 GG</u>	69
<u>A. Art.74 Nr.16 GG als Gesetzgebungsrecht</u>	69
§ 8 Der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG	71
1. Allgemeine Abgrenzung	71
2. Abgrenzung des Regelungsziels	73
§ 9 Der konstitutive Inhalt von Art.74 Nr.16 GG	76
1. Deckungen und Überschneidungen mit Verfassungsprinzipien	76

	Seite
a) Art.14 Abs.2 GG (Sozialbindung des Eigentums)	77
b) Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 GG (Sozialstaatsprinzip)	79
2. Deckungen und Überschneidungen mit dem Regelungsbereich von Art.74 Nr.11 GG (Kompetenz zur Regelung des Rechts der Wirtschaft)	80
3. Deckungen und Überschneidungen mit grundrechtlichen Normbereichen	81
a) Art.3 Abs.1 GG	82
b) Art.3 Abs.2 GG	84
c) Art.12 GG	84
d) Art.14 Abs.1 GG	85
e) Art.2 Abs.1 GG	87
4. Zwischenergebnis	88
§ 10 Die Garantiefunktion des Art.74 Nr.16 GG und das marktwirtschaftliche System	89
1. Die Marktwirtschaft als offene Ordnung	89
2. Möglichkeiten des Systemwandels	91
§ 11 Begrenzung des Regelungsbereichs des Art.74 Nr.16 GG durch die Grundrechte	92
1. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit	93
2. Das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit	95
3. Das Grundrecht der wirtschaftlichen Vertragsfreiheit	95
4. Einschränkung der wirtschaftlichen Grundrechte	96
5. Kompetenzausübung und Wesensgehaltsgarantie	97
§ 12 Begrenzung des Regelungsbereichs des Art.74 Nr.16 GG durch verfassungsrechtliche Aussagen außerhalb des Grundrechtsteils	97

	Seite
1. Zum Beispiel: Das Sozialstaatsprinzip	98
2. Zum Beispiel: Das Rechtsstaatsprinzip	102
§ 13 Begrenzung der Normbereiche anderer Verfassungssätze durch Art.74 Nr.16 GG	103
1. Begrenzung der subjektiven Wirtschaftsfreiheit	104
2. Begrenzung der Wettbewerbsfreiheit, der wirtschaftlichen Vertrags- und der Vereinigungsfreiheit	105
3. Begrenzung der Eigentumsgarantie des Art.14 Abs.1 GG	107
4. Begrenzung der Wettbewerbsgleichheit	108
5. Begrenzung der Berufsfreiheit	110
§ 14 Zusammenfassung	111
§ 15 Die Kompetenzausübung: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	112
1. Verfassungsmäßigkeit des GWB a.F.	113
2. Verfassungsrechtliche Fragen zur Kartellgesetznovelle von 1973	113
a) Verschärfte Mißbrauchsaufsicht und vorbeugende Fusionskontrolle (§§ 22 - 24b GWB)	114
b) Kooperationserleichterungen für kleinere und mittlere Unternehmen (§ 5b GWB)	115
c) Verbot der vertikalen Preisbindung	116
3. Zwischenergebnis	118
<u>B. Art.74 Nr.16 GG als Gesetzgebungspflicht</u>	119
§ 16 Konkretisierung von Gesetzgebungspflichten aus Art.74 Nr.16 GG im Wege der Auslegung	119

	Seite
1. Objektiv-teleologische, grammatische und historische Auslegung der Kompetenz	120
2. Das Interpretationsprinzip der Einheit der Verfassung	121
a) Die Einzelgrundrechte als Interpretationsgesichtspunkte	121
b) Rechts- und Sozialstaatsprinzip als Interpretationsgesichtspunkte	122
3. Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Konkretisierung von Gesetzgebungspflichten aus Art.74 Nr.16 GG	123
a) Leistungsstaatliche Tendenzen des Sozialstaatsprinzips	124
b) Kompetenzen als leistungsstaatliche Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips	125
c) Grenzen sozialstaatlicher Leistungsinhalte der Verfassung	129
d) Lösung des Zielkonflikts zwischen sozialer Sicherheit und sozialer Freiheit	129
e) Leistungsstaatliche Gesetzgebungspflichten im Grundrechtsteil der Verfassung: Art.7 Abs.4 GG	131
f) Leistungsstaatliche Gesetzgebungspflichten im organisatorischen Teil der Verfassung: Art.74 Nr.16 GG	133
4. Aktuelle Gesetzgebungspflichten	134
5. Gesetzgebungspflichten im "Wachstumsprozeß" leistungsstaatlicher Sozialvorstellungen	136
17 Durchsetzbarkeit kompetentieller Gesetzgebungspflichten	138
Schluß	140

Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reichs,
14.Aufl., 1933 (unveränderter Neudruck
Bad Homburg 1960)
- Anschütz, Gerhard/
Thoma, Richard Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
Bd. I Tübingen 1930
Bd.II Tübingen 1932
- Arndt, Adolf Das Werbefernsehen als Kompetenzfrage,
JZ 1965, 337 ff.
- Bachof, Otto Beurteilungsspielraum, Ermessen und
unbestimmter Rechtsbegriff im Verwal-
tungsrecht, JZ 1955, 97 ff.
- Badura, Peter Gesetzgebung und Grundrechtsschutz
wirtschaftlicher Tätigkeit,
BayVBl. 1971, 7 ff.
- Das Prinzip der sozialen Grundrechte
und seine Verwirklichung im Recht der
Bundesrepublik Deutschland,
in: Der Staat, Heft 1/1975, S.17 ff.
- Die Rechtsprechung des Bundesverfas-
sungsgerichts zu den verfassungsrecht-
lichen Grenzen wirtschaftspolitischer
Gesetzgebung im sozialen Staat,
AöR 92 (1967), S.382 ff.
- Die Verfassung als Auftrag,
in: Wirtschaftsrecht, Beiträge und Be-
richte aus dem Gesamtbereich des Wirt-
schaftsrechts, Heft 1/1974, S.1 ff.
- Wirtschaftsverfassung und Wirtschafts-
verwaltung. Ein exemplarischer Leit-
faden, Frankfurt 1971
- Ballerstedt, Kurt Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit,
DÖV 1951, S.159 ff.
- Barion, Hans Gleich und ungleich in der Schulfinan-
zierung, DÖV 1967, S.516 ff.
- Barschkies, S. Das Verhältnis der Staatsmonopole zu
den Freiheitsrechten des Bonner Grund-
gesetzes, Jur.Diss., Hamburg 1955

- Bäumlin, Richard Staat, Recht und Geschichte,
Zürich 1961
- Bellstedt, Christoph Verfassungsrechtliche Grenzen der
Wirtschaftslenkung durch Steuern
(dargestellt am Berlin-Hilfe-Gesetz),
Schwetzingen o.J. (ca.1962)
- Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee
vom 10.-23.August 1948, München o.J.
- Bettermann, Karl August- Die Grundrechte
Nipperdey, Hans Carl - Handbuch der Theorie und Praxis der
Scheuner, Ulrich Grundrechte
Bd.III/1: Die Wirtschafts- und Ar-
beitsverfassung, Berlin 1958
- Biedenkopf, Kurt H. Zur Diskussion über ein neues Unter-
nehmensrecht,
in: Festschrift für Ludwig Raiser
zum 70.Geburtstag, Tübingen 1974
- Über das Verhältnis wirtschaftlicher
Macht zum Privatrecht, in:
Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung,
Festschrift für Franz Böhm, S.113 ff.,
Karlsruhe 1965
- Die Verfassungsproblematik eines Kar-
tellverbots, Stellungnahme zu einem
Gutachten von Prof.Dr.E.R. Huber,
BB 1956, 473 ff.
- Biermann, Jürgen Die Zulässigkeitsvoraussetzungen
staatlicher Monopole im Grundgesetz,
Jur.Dissertation, Mainz 1965
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Grundrechtstheorie und Grundrechts-
interpretation, NJW 1974, 1529 ff.
- Die verfassungstheoretische Unterschei-
dung von Staat und Gesellschaft als
Bedingung der individuellen Freiheit,
Opladen 1973
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Loseblattsammlung, div. Bearbeiter,
Hamburg ab 1950
- Bullinger, Martin Ermessen und Beurteilungsspielraum -
Versuche einer Therapie,
NJW 1974, 769 ff.
- Bull, Hans Peter Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz
Frankfurt 1973

- Denninger, Erhard Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, JZ 1966, 767 ff.
- Dicke, Detlev Christian Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
- Dürig, Günter Das Eigentum als Menschenrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZgesStW) 109 (1953), S.326 ff.
- Ebel, Hans-Rudolf Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1973, 1577 ff., 1665 ff.
- Ehlermann, Klaus-Dieter Wirtschaftslenkung und Entschädigung, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.2, 1957
- Ehmke, Horst Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S.53 ff.
- "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festschrift für Rudolf Smend zum 80.Geburtstag, Tübingen 1962
- Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Karlsruhe 1961
- Emmerich, Volker Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg 1969
- Engisch, Karl Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchener Universitätsreden n.F., Heft 35
- Ermacora, Felix Der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt, DÖV 1960, 561 ff.
- Evangelisches Staatslexikon 1.Auflage, Stuttgart 1966

- Forsthoff, Ernst Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954) S.8 ff.
- Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., Stuttgart 1961
- Fraenkel, Ernst Die ordnungspolitische Bedeutung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat, in: Die Stellung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat, Düsseldorf 1968
- Friauf, Karl Heinrich Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, 679 ff.
- Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, Tübingen 1966
- Gleiss, Alfred/
Bechtold, Reiner Das neue deutsche Kartellgesetz, BB 1973, S.1142 ff.
- Häberle, Peter "Gemeinwohljudikatur" und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970), S.86 ff., 260 ff.
- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S.43 ff.
- Hamann, Andreas Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied, Berlin 1958
- Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW 1955, 969 ff.
- Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953
- Wirtschaftslenkung und Grundgesetz, BB 1951, 341 ff.
- Hamann, Andreas/
Lenz, Helmut Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949, 3.Aufl., Neuwied 1970
- Hartz, Wilhelm Grundgesetz und Steuerrecht, Der Betrieb 1967, S.307 ff.
- Herdersches Staatslexikon herausgegeben von der Görres-Gesellschaft, 6.Aufl., Freiburg 1957-1970

- Herzog, Roman Allgemeine Staatslehre,
Frankfurt 1971
- Gesetzgeber und Verwaltung,
VVDStRL 24 (1966), S.183 ff.
- Hesse, Konrad Bemerkungen zur heutigen Problematik
und Tragweite der Unterscheidung
von Staat und Gesellschaft, in:
DÖV 1975, S.437 ff.
- Grenzen der Verfassungswandlung, in:
Festschrift für Ulrich Scheuner zum
70.Geburtstag, S.123 ff.,Berlin 1973
- Grundzüge des Verfassungsrechts der
Bundesrepublik Deutschland,
6.Aufl., Karlsruhe 1973
- Die normative Kraft der Verfassung,
Recht und Staat, Bd.222, Tübingen 1959
- Der Rechtsstaat im Verfassungssystem
des Grundgesetzes, in:
Staatsverfassung und Kirchenordnung,
Festgabe für Rudolf Smend zum 80.Ge-
burtstag, Tübingen 1962
- Hoffmann,Wolfgang P. Rechtsfragen der Währungsparität.
Festsetzung und Vollzug der DM-Pari-
tät im Verfassungs-, Verwaltungs-
und Völkerrecht, München 1969
- Hollerbach, Alexander Auflösung der rechtsstaatlichen Ver-
fassung? AöR 85 (1960), S.241 ff.
- Huber, Ernst Rudolf Grundgesetz und vertikale Preisbin-
dung, Stuttgart 1968
- Rechtsstaat und Sozialstaat in der
modernen Industriegesellschaft,
Schriftenreihe der Verwaltungs- und
Wirtschaftsakademie Oldenburg Heft 1,
Oldenburg 1962
- Die Verfassungsproblematik eines
Kartellverbots,
Gutachten, veröffentlicht vom Wirt-
schaftsverband Stahlverformung,
Düsseldorf 1955
- Wirtschaftsverwaltungsrecht
Bd. I, 2.Aufl., Tübingen 1953
Bd.II, 2.Aufl., Tübingen 1954

- Hueck, Alfred/
Nipperdey, Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts,
Band II/1. Halbband
7. Aufl., Berlin-Frankfurt 1967
- Ipsen, Hans Peter Enteignung und Sozialisierung, in:
VVDStRL 10 (1952), S. 74 ff.
- Über das Grundgesetz,
Hamburger Universitätsreden Bd. 9
Hamburg 1950
- Isensee, Josef Subsidiaritätsprinzip und Verfassungs-
recht, Berlin 1968
- Jaumann, Anton Aktive Wettbewerbspolitik und soziale
Marktwirtschaft - Gedanken zur Kar-
tellgesetznovelle -
BayVBl. 1974, 29 ff.
- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermes-
sen in rechtstheoretischer und ver-
fassungsrechtlicher Sicht,
AöR 82 (1957), S. 163 ff.
- Kalkbrenner, Helmut Verfassungsauftrag und Verpflichtung
des Gesetzgebers, DÖV 1963, 41 ff.
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
(unveränderter Neudruck 1967)
- Kilian, Wolfgang Marktinformationsverfahren und Wett-
bewerbsbeschränkungen,
NJW 1974, 289 ff.
- Klein, Hans H. Die Teilnahme des Staates am wirt-
schaftlichen Wettbewerb, Stuttgart 1968
- Kloss, Hans Dieter Die Grenzen des Sozialstaates, in:
Genossenschaftsforum
Raiffeisenrundschau & Blätter für
Genossenschaftswesen, Heft 11, 1974
- Knies, Wolfgang Schranken der Kunstfreiheit als ver-
fassungsrechtliches Problem,
München 1967
- Köhler, Karl-Heinz Wie weit gilt im Wettbewerbsrecht der
Grundsatz der Einheit der Rechtsord-
nung?, NJW 1971, 118 ff.
- Kriele, Hans Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz
Rückblick und Bilanz am Verfassungs-
tag, in: ZRP 1974, S. 105 ff.

- | | |
|--|--|
| Krüger, Herbert | Allgemeine Staatslehre,
Stuttgart 1964 |
| - | Grundgesetz und Kartellgesetzgebung,
Göttingen 1950 |
| - | Neues zur Freiheit der Persönlich-
keitsentfaltung und deren Schranken,
NJW 1955, 201 ff. |
| - | Verfassungswandlung und Verfassungs-
gerichtsbarkeit, in:
Festgabe für Smend, S.151 ff.,
Tübingen 1962 |
| - | Von der reinen Marktwirtschaft zur
gemischten Wirtschaftsverfassung,
Hamburg 1966 |
| Küchenhoff, Erich | Ausdrückliches, stillschweigendes und
ungeschriebenes Recht in der bundes-
staatlichen Kompetenzverteilung,
AöR 82 (1957), S.413 ff. |
| Küchenhoff, Günther | Einwirkungen des Verfassungsrechts
auf das Arbeitsrecht, in:
Festschrift für Nipperdey zum 70.Ge-
burtstag, Band II, S.317 ff.,München 1965 |
| Larenz, Karl | Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2.Aufl., Berlin-Heidelberg-New York
1969 |
| Lechner | Zur Zulässigkeit der Verfassungsbe-
schwerde gegen Unterlassen des Gesetz-
gebers, NJW 1955, 1817 ff. |
| Leibholz, Gerhard | Zum Parteiengesetz von 1967, in:
Festschrift für Adolf Arndt, S.179 ff.,
Frankfurt 1969 |
| Leibholz, Gerhard/
Rinck, Hans-Justus | Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland
Kommentar an Hand der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts,
4.Aufl., Köln, 1971 |
| Leisner, Walter | Der Eigentümer als Organ der Wirt-
schaftsverfassung,
DÖV 1975, S.73 ff. |
| - | Sozialbindung des Eigentums,
Berlin 1972 |

- Leisner, Walter Sozialbindung des Eigentums nach
privatem und öffentlichem Recht,
in: NJW 1975, 233 ff.
- Der Sozialisierungsartikel als Ei-
gentumsgarantie, in: JZ 1975,
272 ff.
- Die Unzulässigkeit steuerlicher
Fiskalprivilegien, BB 1970, 405 ff.
- Lerche, Peter Das Bundesverfassungsgericht und
die Verfassungsdirektiven. Zu den
"nicht erfüllten Gesetzgebungsauf-
trägen",
AöR 90 (1965), S.341 ff.
- Föderalismus und nationales Ord-
nungsprinzip,
VVDStRL 21 (1964), S.66 ff.
- Die Gesetzgebungskompetenz von Bund
und Ländern auf dem Gebiet des
Presserechts, JZ 1972, 468 ff.
- Rechtsprobleme der wirtschafts-
lenkenden Verwaltung,
DÖV 1961, S.486 ff.
- Übermaß und Verfassungsrecht
Zur Bindung des Gesetzgebers an die
Grundsätze der Verhältnismäßig-
keit und der Erforderlichkeit,
Köln 1961
- Werbung und Verfassung
München-Berlin 1967
- Lewald, Walter Verfassungsgebot der Wiedervereini-
gung, NJW 1971, 89 f.
- Link, Christoph Privatschulfinanzierung und Ver-
fassung, JZ 1973, 1 ff.
- Lüchinger, Hans Georg Die Auslegung der Schweizerischen
Bundesverfassung, Zürich 1954
- v.Mangoldt, Hermann/
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz
Bd. I, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt 1966
Bd.II, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt 1966

- Markert, Kurt Preisbindung und Import,
BB 1973, S.638 ff.
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht,
19. Aufl., München 1973
- Starke und schwache Normen in
der Verfassung, in:
Festschrift für Laforet anläß-
lich seines 75. Geburtstages,
München 1952
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter/
Herzog, Roman Grundgesetz, Kommentar
Loseblattausgabe
3. Auflage
München 1973
- Menger, Christian-Fr./
Erichsen, Hans-Uwe Höchststrichterliche Recht-
sprechung zum Verwaltungsrecht
Verwaltungsarchiv 57 (1966),
S. 377 ff;
Verwaltungsarchiv 59 (1968),
S. 275 ff.
- Mestmäcker, Ernst-J. Konzentration und Wettbewerb
in: Frankfurter Allgemeine
Zeitung, Nr. 62 v. 14.3.1970,
S. 15
- Das Prinzip der Rule of Reason
und ähnliche Ausnahmemechanis-
men im Recht der Wettbewerbsbe-
schränkungen, in:
Normzwecke und Systemfunktionen
im Recht der Wettbewerbsbeschrän-
kungen,
Tübingen 1974
- Über das Verhältnis des Rechts
der Wettbewerbsbeschränkungen
zum Privatrecht, in:
Archiv für die zivilistische Praxis,
Bd. 168 (1968), S. 235 ff.
- Möhring, Philipp Kontrahierungszwang nach neuem
Kartellrecht,
BB 1974, S. 223 ff.

- Müller, Friedrich Juristische Methodik,
Berlin 1971
- Normstruktur und Normativität,
Berlin 1966
- Müller, Gerhard Der Sozialstaatsgedanke unter
Berücksichtigung der einschlä-
gigen Rechtsprechung des Bundes-
arbeitsgerichts,
BARbBl. 1964, 723 ff.
- Müller, Hanswerner Der Anlaß zur Gesetzgebung
DÖV 1964, 226 ff.
- Müller, Helmut/
Biedenkopf, Kurt Grundgesetz und Kartellverbot,
BB 1956, 972 ff.
- Nawiasky, Hans Der Bundesstaat als Rechts-
begriff,
Tübingen 1920
- Nawiasky, Hans/
Lechner, Hans Die Verfassung des Freistaates
Bayern vom 2.12.1946
Ergänzungsband zum Handkommen-
tar 1948 Nawiasky-Leusser,
München 1953
- Nawiasky, Hans/
Leusser, Claus Die Verfassung des Freistaates
Bayern,
Handkommentar,
München 1948
- Nipperdey, Hans Carl Gleicher Lohn der Frau für
gleiche Leistung
Rechtsgutachten vom 10.2.1951
Kurzabdruck BB 1951, S. 282 ff.
- Soziale Marktwirtschaft und
Grundgesetz,
3. Auflage,
Köln-Berlin-München 1965

- Nipperdey, Hans Carl Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Wirtschaft und Wettbewerb 1954, S.211 ff.
- Ossenbühl, Fritz Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649 ff.
- Pestalozza, Christian Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, erläutert am Beispiel der Art.105 ff. GG, in: Der Staat, Band 11 (1972), S.161 ff.
- Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat, Band 2 (1963), S.425 ff.
- Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen in Bundesstaat, DÖV 1972, 181 ff.
- Peters, Hans Entwicklungstendenzen der Demokratie in Deutschland seit 1949, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60.Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953
- Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln 1954
- Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße - Gutachten -, Bielefeld 1954
- Pirkel, Fritz Gedanken zum Sozialstaat, in: 25 Jahre Grundgesetz - ein Zwischenergebnis; Hrsg.Konrad Löw, Köln 1974
- Püttner, Günter Die öffentlichen Unternehmen Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Bad Homburg 1969
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, Stuttgart 1950
- Rasch, Harold Kartellverbot und Grundgesetz Wirtschaft und Wettbewerb 1955, S.667 ff.
- Reich, Norbert Neue Tendenzen des Wirtschaftsrechts, BB 1973, S.1449 ff.

- Ridder, Helmut Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat, Arbeits- und sozialrechtliche Studien, Heft 2, Stuttgart 1960
- Rinck, Hans-Justus Zur Abgrenzung und Auslegung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S.289 ff.
- Rudolf, Walter Bund und Länder im aktuellen deutschen Verfassungsrecht, Bad Homburg, 1968
- Die Ermächtigung der Länder zur Gesetzgebung im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes AöR 88 (1963), S.159 ff.
- Ryffel, Hans Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie
Philosophische Anthropologie des Politischen, Neuwied-Berlin 1969
- Sandrock, Otto Die zweite Kartellnovelle
Die Novellierung der §§ 1,16,17,22 GWB, BB 1973, 101 ff.
- Scheuner, Ulrich Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat
Die Grundrechte als Richtlinien und Rahmen der Staatstätigkeit, DÖV 1971, 505 ff.
- Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte
AöR 95 (1970), S.351 ff.
- Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in:
Recht - Staat - Wirtschaft Bd.IV, Düsseldorf, 1953
- Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext.
Ein Beitrag zur Auslegung des Grundgesetzes, in:
Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans Ulrich Scupin, Berlin 1973

- Scheuner, Ulrich Parteiengesetz und Verfassungsrecht
DÖV 1968, 88 ff.
- Probleme und Verantwortungen der Ver-
fassungsgerichtsbarkeit in der Bun-
desrepublik
DVBl. 1952, 293 ff.
- Hrsg. Die staatliche Einwirkung auf die
Wirtschaft, Frankfurt 1071
- Die staatliche Intervention im Be-
reich der Wirtschaft
VVDStRL 11 (1954), S.1 ff.
- Staatszielbestimmungen, in:
Festschrift für Forsthoff zum 70.Ge-
burtstag, München 1972
- Schmidt, Reiner Wirtschaftspolitik und Verfassung,
Grundprobleme, Baden-Baden 1971
- Schmidt-Bleibtreu Anmerkungen zum Urteil des BVerfG
vom 13.12.1961, DÖV 1962, 105 ff.
- Schmidt-Bleibtreu,
Klein Kommentar zum Grundgesetz für die Bun-
desrepublik Deutschland,
3.Aufl., Neuwied, 1973
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd Ermessen, Beurteilungsspielraum
und eigenverantwortliches Handeln
der Verwaltung
AöR 98 (1973), S.173 ff.
- Schmitt, Carl Der Hüter der Verfassung
2.Aufl., Berlin 1969
(unveränderter Nachdruck der 1.Aufl.
1931)
- Verfassungslehre
Unveränderter Nachdruck der 1.Aufl.
1928, Berlin 1970
- Scholz, Rupert Gemeinde - Einwohner - Privatschule
WRP 1968, 315 ff.
- Die Koalitionsfreiheit als Verfas-
sungsproblem, München 1971
- Konzentrationskontrolle und Grund-
gesetz
Abhandlungen aus dem gesamten Bürger-
lichen Recht, Handelsrecht und Wirt-
schaftsrecht, 43.Heft,
Stuttgart 1971

- Scholz, Rupert Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz. Insbesondere dargestellt am Beispiel der Kartellaufsicht, Berlin 1971
- Schüle, Adolf Besprechung zu E.R.Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Band II JZ 1955, 255
- Seetzen, Uwe Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, in: NJW 1975, 429 ff.
- Seiwerth, Jakob Die Zulässigkeit der Verfassungsschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen durch Unterlassen
Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 20, Berlin 1962
- Sendler, Horst Zum Wandel der Auffassung vom Eigentum, in: DÖV 1974, S.73 ff.
- Siecken, Hans-Jochen Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes in Literatur und Rechtsprechung, Jur.Diss., Göttingen 1974
- Smend, Rudolf Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2.Aufl.,Berlin 1968
- Stein, Erwin Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung
NJW 1964, 1745 ff.
- Steindorff, Ernst Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1959
- Stier-Somlo, Fritz Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Band I, Berlin-Leipzig 1924
- Stier-Somlo, Fritz/
Elster, Alexander Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd.VI, Berlin 1929
- Stödter, Rolf Rechtsfragen des Zündwarenmonopols. Gültigkeit und Tragweite landesseitig erteilter Genehmigungen für neue Zündwarenfabriken, Hamburg, 1953
- Triepel, Heinrich Das Abdrosselungsgesetz
DJZ 1926, Spalte 845 ff.

- Triepel, Heinrich Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, Band II, Tübingen 1908
- Walecki, Rainer Die Normsetzungspflicht des Gesetzgebers und ihre Erzwingbarkeit, Jur.Diss., Würzburg 1972
- Weber, Hermann Subventionspflicht des Staates zugunsten privater Schulen?, NJW 1966, 1799 f.
- Weber, Werner Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Der Staat, Band 4 (1965), S.409 ff.
- Wiegand, Dietrich Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte, DVBl. 1974, 657
- Wienholtz, Ekkehard Normative Verfassung und Gesetzgebung Die Verwirklichung von Gesetzgebungsaufträgen des Bonner Grundgesetzes, Jur.Diss., Freiburg 1968
- Witzel, Michael Die Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Eine verfassungsrechtliche Würdigung der Kartellgesetznovelle vom 3. August 1973, Jur.Diss., München 1974
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I 8.Aufl., München 1971
- Verwaltungsrecht III 3.Aufl., München 1973
- Wollny, Paul Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts DVBl. 1972, 25 ff.
- Zacher, Hans F. Aufgabe einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965
- Soziale Gleichheit ABR 93 (1968), S.341 ff.
- Zeidler, Wolfgang Die Unverbrüchlichkeit der Grundrechte DVBl. 1950, 598

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BARbBl.	Bundesarbeitsblatt
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Hrsg.	Herausgeber
Jur.Diss.	Juristische Dissertation
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
m.(w.) N.	mit (weiteren) Nachweisen
n.F.	neue Folge / neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.J.	ohne Jahr
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Satz / Seite
sh.	siehe
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staats- wissenschaft

Im übrigen werden die im juristischen Schrifttum
gebräuchlichen Abkürzungen verwendet.

Einleitung

Jede geschriebene moderne Verfassung als rechtliche Grundordnung des demokratischen Gemeinwesens¹⁾ umfaßt neben den Leitprinzipien staatlichen Zusammenwirkens auch ein Organisationsstatut, d.h. Bestimmungen über Aufbau und technischem Ablauf staatlichen Lebens. Wesentlicher Bestandteil eines solchen Organisationsstatuts sind Bestimmungen über den Aufbau der gesetzgebenden Organe, über das Gesetzgebungsverfahren und in Bundesstaaten über die Gesetzgebungszuständigkeiten.

Auch das Grundgesetz ist in weiten Teilen ein solches Organisationsstatut; organisatorischer Natur ist beispielsweise sein VII. Abschnitt, in dem den Ländern das Recht zur Gesetzgebung übertragen wird, soweit es nicht für bestimmte Materien ausdrücklich dem Bund im Rahmen der ausschließlichen, konkurrierenden oder Rahmengesetzgebung zugewiesen ist (Art. 70 GG). Daneben regelt das Grundgesetz in seinem organisatorischen Teil, in welcher Form der Gesetzgeber tätig werden muß, wenn er tätig werden will. Nichts sagt es jedoch darüber aus, ob diesem Gesetzgebungsrecht generell oder im Einzelfall eine Gesetzgebungspflicht gegenübersteht; nichts sagt es infolgedessen auch aus über mögliche Zusammenhänge zwischen kompetentiellen Gesetzgebungspflichten und inhaltlichen Gestaltungspflichten der zu regelnden Materie.

In zwangsläufiger Vergrößerung lautet die Frage: Sind die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes reine Organisationsvorschriften und machen sie daher auch keinerlei sachliche Aussagen hinsichtlich der zu regelnden Materie, oder enthalten sie sachliche Anweisungen, ob und wie der Gesetzgebungsgegenstand von dem für zuständig erklärten

1) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 11

Gesetzgeber auch tatsächlich geregelt werden muß?

Das Anliegen dieser Arbeit ist der Versuch, anhand von Art.74 Nr.16 GG, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebung zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung zuweist, den Stellenwert der Kompetenznormen des Grundgesetzes im Gesamtrahmen der Verfassung zu ermitteln und dabei den Zusammenhängen zwischen Kompetenz, subjektiven und objektiven Grundrechtsinhalten sowie Grundprinzipien der Verfassung nachzugehen. Dabei wird es zweckmäßig sein, die Stellung und das materielle Gewicht der Kompetenznormen des Grundgesetzes als einer eigenen Kategorie von Verfassungsbestimmungen zunächst grundsätzlich zu klären, um anschließend in konkreter Anwendung der dabei gewonnenen Erkenntnisse den materiellen Inhalt von Art.74 Nr.16 GG zu bestimmen.

Art.74 Nr.16 GG wurde deshalb gewählt, weil hier die Frage nach dem materiellen Gehalt von Zuständigkeitsnormen und möglicherweise daraus resultierenden Gesetzgebungspflichten im Hinblick auf die Wettbewerbsgesetzgebung des Bundes und die mit unverminderter Intensität um sie geführte Diskussion von besonderer Aktualität ist; denn das auf Art.74 Nr.16 GG basierende Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁾ - und auf dieses soll sich die Untersuchung beschränken - ist auch durch seine neueste Novellierung²⁾ nicht weniger problematisch geworden in seiner vielfältigen Verwobenheit mit Grundrechtsinhalten und allgemeinen Verfassungsgrundsätzen. Hinzu kommt, daß die Forderung nach einem ausgewogenen und wirksamen Schutz vor dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht gerade in

1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 (BGBl.I S.1081) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.1.1966 (BGBl.I S.37) - genannt "Kartellgesetz"

2) Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3.8.1973 (BGBl. I S.917)

neuester Zeit aufgrund binnen- wie weltwirtschaftlicher Entwicklungen noch zusätzliche Aktualität erlangt hat.

Unter dem Eindruck des Scheiterns der Weimarer Republik und angesichts der zynischen Menschenverachtung des nationalsozialistischen Regimes ist es erklärlich, daß die verfassungsrechtliche Diskussion seit dem Zusammenbruch der Diktatur vorwiegend von den Grundrechten beherrscht wurde; jedoch scheint es nun an der Zeit, auch Gehalt und Stellenwert der Zuständigkeitsnormen mehr ins Blickfeld zu rücken. Auch dies ist ein Anliegen dieser Arbeit.

1. Teil: Die Stellung der Zuständigkeitsbestimmungen
des Grundgesetzes im Gesamtzusammenhang der
Verfassung

§ 1 Formeller Zuständigkeitsbegriff

1. Vorbemerkung

Zuständigkeitsfragen werden in erster Linie relevant, wenn es darum geht, Zuständigkeiten des Bundes und seiner Einzelstaaten festzulegen¹⁾ und gegeneinander abzugrenzen²⁾. Führt die verfassungsmäßig vorgegebene Zuständigkeitsabgrenzung in unserem föderativen Staatssystem zu Streitigkeiten, so können diese, wie Art.93 Abs.1 Nr.3 GG in Verbindung mit §§ 13 Nr.7, 68, 69 BVerfGG vorsieht, in Form einer verfassungsrechtlichen, föderativen Streitigkeit durch das Bundesverfassungsgericht entschieden werden.

Prüfungsgegenstand eines solchen Verfahrens ist in erster Linie die Frage, ob der Bund oder ein Land beim Erlaß eines Gesetzes die vom Grundgesetz festgelegten Gesetzgebungszuständigkeiten³⁾ überschritten, d.h. gegen die im Grundgesetz vorgenommene Aufgabenabgrenzung verstoßen hat; Ausgangspunkt des Verfahrens nach Art.93 Abs.1 Nr.3 GG ist also die Überprüfung der formellen Zuständigkeitsausübung im Verhältnis zwischen Bund und Land, während die Überprüfung des Gesetzes selbst, der materiellen Kompetenzausfüllung also, im Wege der abstrakten Normenkontrolle gem. Art.93 Abs.1 Nr.3 GG zu

1) So spielt die Frage der materiellen Zuständigkeitsverteilung im Einheitsstaat keine Rolle, da dort die gesamte Gesetzgebung bei einer einzigen Gesetzgebungskörperschaft liegt; vgl. H.Kipp, in: Herdersches Staatslexikon, Bd.III, Stichwort:"Gesetzgebung", Sp.871

2) Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.109

3) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.93 GG Rdnr.58

erfolgen hat. Insoweit besteht eine Wechselbeziehung zwischen beiden, als sich Bund/Länder-Streit und abstrakte Normenkontrolle nicht gegenseitig ausschließen, sondern überschneiden¹⁾. Dementsprechend kann auch im Verfahren nach Art.93 Abs.1 Nr.3 GG nur die Aufhebung eines Gesetzes, nicht hingegen seine Richtigkeit geltend gemacht werden²⁾.

Konkret gesprochen hätte Gegenstand einer föderativen Streitigkeit gem. Art.93 Abs.1 Nr.3 GG nur die Frage sein können, ob - um beim Ausgangsfall zu bleiben - der Bundesgesetzgeber mit dem Erlaß des "Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder verletzt hat (was natürlich nicht der Fall war, da ihm in Art.74 Nr.16 GG die konkurrierende Zuständigkeit hierzu ausdrücklich zugewiesen ist und das Wettbewerbsrecht auch ohne Frage einer bundeseinheitlichen Regelung bedarf, wie es Art.72 Abs.2 Nr.3 GG verlangt), nicht hingegen seine materielle Entscheidung beispielsweise in der Kartellfrage für das Verbots- oder das Mißbrauchsprinzip.

Mit dieser Unterscheidung zwischen formeller Zuständigkeitsausübung und materieller Kompetenzausfüllung, die auch im Verfahrensrecht ihren Niederschlag gefunden hat, sind die beiden wesentlichen Teilaspekte für das Verständnis der Zuständigkeitsnormen ins Blickfeld gerückt:

1) BVerfGE 1,14 (30); soweit die Parteien beider Verfahren identisch sind, wird eine strenge prozessuale Unterscheidung des Verfahrens nach Art.93 Abs.1 Nr.3 GG von dem nach Art.93 Abs.1 Nr.2 GG nicht erforderlich sein; jedoch ändert dies nichts daran, daß im einen Rechtsstreit lediglich die Frage der Kompetenzüberschreitung im Bund/Länder-Verhältnis zur Entscheidung steht, im anderen aber der materielle Gesetzesinhalt an der Gesamtverfassung gemessen wird.

2) Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.93 GG, Rdnr.58

ihre "äußere" und ihre "innere" Struktur. Diese formellen und materiellen Strukturelemente der Zuständigkeitsbestimmungen des Grundgesetzes sollen im folgenden näher untersucht werden.

2. Wortbedeutung des Zuständigkeitsbegriffs

Der verfassungsrechtliche Begriff der Zuständigkeit ist von seinem Wortlaut her nicht ohne weiteres zugänglich. Ganz allgemein setzt die Verteilung von Zuständigkeiten die Existenz eines in sich teilbaren Tätigkeitsbereiches und die Zuweisung verschiedener Teilbereiche an verschiedene Zuständigkeitsträger voraus¹⁾. Dabei kann Zuständigkeit begrifflich auf der einen Seite die Bedeutung von Befugnis, Berechtigung, aber auch von Ermächtigung haben, auf der anderen Seite die Bedeutung von Kompetenz im Sinne von Sachverständigkeit und Fachkunde. Freilich sagt die Aneinanderreihung von Synonymen und die Gegenüberstellung verschiedener Begriffe nur so viel über die gesuchte Wortbedeutung aus, daß sie in ihrer Begrifflichkeit mehrdeutig ist.

3. Vertikale Ordnungsfunktion von Zuständigkeitszuweisungen im föderativen Staat

Das Grundgesetz spricht z.B. in Art.70 Abs.2 GG von der "Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern", in Art.72 Abs.1 von der "Befugnis zur Gesetzgebung", in Art.75 Satz 1 vom "Recht ..., Rahmenvorschriften zu erlassen" oder sagt auch nur wie in Art.105 Abs.1: "... hat die ... Gesetzgebung ..."; in jedem dieser Fälle weist es Gesetzgebungszuständigkeiten im Sinne einer einheitlichen Wortbedeutung zu, nämlich die Befugnis für ein be-

1) Stier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd.6, Berlin 1929, Stichwort: Zuständigkeit, S.1065

stimmtes Organ, eine Gesetzesmaterie zu regeln.

Ohne auf den im Rahmen dieses Themas unergiebigsten Meinungsstreit einzugehen, ob die Bundeskompetenzen Ausnahmen von der "Vermutung" der Länderzuständigkeit seien und ob sie eine enge oder eine weite Auslegung zugunsten des Bundes zu erfahren hätten¹⁾, kann in den Bundes- und Landekompetenzen kein Regel-Ausnahme-Verhältnis gesehen werden; vielmehr stellen sie gleichrangige Rechtsetzungsmöglichkeiten dar, wobei sich die Auslegung nicht starren Auslegungsregeln zu unterwerfen hat, sondern sach- und funktionsgerechten Gesichtspunkten²⁾, die ihre Grundlagen im föderalistischen Prinzip haben³⁾. Dadurch erweist sich der ausdrückliche, d.h. geschriebene Zuständigkeitskatalog einer bundesstaatlichen Verfassung als starkes föderatives Element und ist Maßstab dafür, wie stark die Machtaufteilung zwischen dem Bund und seiner Gliedstaaten zugunsten des einen oder des anderen ausgefallen ist⁴⁾.

-
- 1) Für die früher h.M., die für eine weite Auslegung von Bundeskompetenzen eintrat und eine ganze Reihe ungeschriebener Bundeskompetenzen bejahte, z.B. H. Triepel, Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, Festgabe für Laband, Bd. II, Tübingen 1908, S. 249 ff.; für die Gegenansicht u.a. Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum GG, Art. 70, RdNr. 30 m.N., der die Bundeskompetenzen für Ausnahmevorschriften hält, die infolgedessen stets eng auszulegen seien; kritisch gegenüber "Vermutungen" zugunsten der Länder auch Pestalozza, Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat, in: DÖV 1972, 181
 - 2) BVerfGE 15, 139
 - 3) Rinck, Zur Abgrenzung und Auslegung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern, in: Festschrift für Gebhard Müller, S. 297, Anm. 23; S. 300
 - 4) E. Küchenhoff, Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: AöR 82 (1957), S. 459, der im Zuständigkeitskatalog nicht nur eine "verfassungsgestaltende Grundentscheidung für den Bundesstaat" sieht, sondern auch "die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen über die Differenzierungen der bundesstaatlichen Ord-

Dies führt zu einer ersten Teilaussage über den formellen Zuständigkeitsbegriff: Zuständigkeitsverteilungen setzen einen Regelungsgegenstand und ein Regelungsorgan organisatorisch zueinander in Beziehung und erfüllen damit eine formelle Zuordnungsfunktion. Da im bundesstaatlichen System Zuständigkeiten zwischen Bund und Gliedstaaten aufgeteilt werden, findet die Zuordnung auf verschiedenen Ebenen statt, so daß die Kompetenz im formellen Sinn bei einem föderativen Staatsaufbau eine vertikale Ordnungsfunktion wahrnimmt.

Mit dieser auf einer Trennung zwischen materiellem und organisatorischem Teil der Verfassung beruhenden Teilaussage hat sich die herrschende Verfassungslehre noch in der weimarer Zeit begnügt¹⁾ und in den Zuständigkeitsbestimmungen der Weimarer Reichsverfassung ausschließlich formelles und funktionelles Organisationsrecht gesehen; denn entsprechend der zu jener Zeit noch herrschenden Theorie des staatsrechtlichen Positivismus ging man davon aus, daß die Verfassung unter Beachtung der verfassungsmäßig vorgeschriebenen Formalien generell durch einfaches Gesetz abänderbar sei, da ihr kein materiell

nung in einen zentralistischen oder partikulären, einen unitarischen oder föderalen und in einen stabilen oder labilen Bundesstaat".

- 1) Für viele: Anschütz, Reichsverfassung, Art.6 Anm.3, S.74 ; Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Bd.I, S.384. Soweit ersichtlich, hat erstmals Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), jetzt in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S.198, darauf hingewiesen, daß die Verfassung als materielle Gesamtheit gesehen werden müsse; ders.: Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), jetzt in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1968, S.318, wonach infolge der redaktionellen Zweiteilung der Verfassung "der enge Zusammenhang übersehen" werde, "in dem die Grundrechte mit dem organisatorischen Teil der Verfassung stehen".

höherer Rang zustehe als dem einfachen Gesetz¹⁾. Damit war aber der materielle Gehalt der gesamten Verfassung von Anfang an gering; selbst die in ihr niedergelegten Grundrechte wurden nicht als überpositive, unabdingbare und zumindest in ihrem Kern unantastbare Rechte aufgefaßt, sondern allenfalls als jederzeit widerrufliche staatliche Gewährungen²⁾. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß die Zuständigkeitsbestimmungen der WRV in einer anderen als der dargelegten formellen Zuordnungsfunktion überhaupt nicht in den Blick gerieten; die herrschende Verfassungslehre sah in ihnen ausschließlich formelles und funktionelles Organisationsrecht.

4. Behandlung der Kompetenzfrage in den vorbereitenden Beratungen zum Grundgesetz

Die These von der ausschließlich formellen Beschaffenheit der Zuständigkeitsbestimmung hat bis in die jüngste Zeit hinein sämtlichen neueren Denkansätzen zum Trotz

1) Für viele z.B. Thoma in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.II, S.153 ff.; ebenso Anschütz, Verfassung des Deutschen Reichs, S.401 m.w.N.; vereinzelte Stimmen hiergegen wie z.B. C.Schmitt (Verfassungslehre, S.103; ders.: Hüter der Verfassung, S.113) oder H. Triepel (Das Abdrückungsgesetz, in: DJZ 1926, Sp. 845 ff.), die prinzipielle Verfassungsänderungen wie über politische Grundentscheidungen (z.B. Wiedereinführung der Monarchie) nicht qualifizierten Reichstagsbeschlüssen überlassen sehen wollten, sondern hierfür einen Volksentscheid forderten, konnten sich zu jenem Zeitpunkt nicht durchsetzen. In deutlichem Widerspruch zu früheren Ausführungen (Die Kompetenzen des Bundesstaats, in: Festgabe für Laband, Bd.II, 1908) stellt insbesondere Triepel fest, es sei zwar erlaubt, die Verfassung in Form des Art.76 WRV zu ändern, nicht aber, sie unter Mißbrauch der Form zu verletzen; es sei ein Wahn, daß die Form alles, der Inhalt nichts bedeute und daß die Form des Gesetzes jeden Gesetzesinhalt heilige.

2) Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte, S.183

immer wieder offene oder versteckte Zustimmung gefunden¹⁾. Die Lehre vom "neutralen"²⁾ Zuständigkeitskatalog, von der "reinen" Kompetenz³⁾, vom Fehlen "irgendeiner Aussage über Art und Inhalt", davon, daß Zuständigkeitsvorschriften einzig und allein Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern abgrenzen⁵⁾, wurzelt noch in einem aus der Weimarer Republik überkommenen und noch immer nicht überwundenen formalen Demokratieverständnis, das von der Wertneutralität der Verfassung ausging und die Demokratie in erster Linie als "System von Spielregeln"⁶⁾ ansah. Ganz in ihr verhaftet war auch noch die

-
- 1) R.Stödter, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, S.53; S.Barschkies, Das Verhältnis der Staatsmonopole zu den Freiheitsrechten des Bonner Grundgesetzes, Jur. Diss., Hamburg 1955, S.61; Herbert Krüger, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in: NJW 1955, 203, Anm.32; Harold Rasch, Kartellverbot und Grundgesetz. in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1955, S.667 ff.; zuletzt Jürgen Biermann, Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz, Dissertation Mainz 1965, S.165, der sich allerdings mit seiner These bewußt gegen die "weitaus h.M." stellt (S.164).
 - 2) Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen; Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23.August 1948, München o.J., S.29
 - 3) Stödter, Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, S.25
 - 4) A.Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S.18; ders.bereits in: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953, S.25 sowie in: Wirtschaftslenkung und Grundgesetz, BB 1951,342; inzwischen mit Einschränkungen Hamann-Lenz, Grundgesetz, 3.Aufl., 1970, Anm.A zu Art.73
 - 5) Ehlermann, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, S.14 Anm.2
 - 6) Hans Peters, Entwicklungstendenzen der Demokratie in Deutschland seit 1949, in: Festschrift für Giacometti, S.229

Mehrzahl der Mitglieder des Sachverständigenausschusses für Verfassungsfragen, der von der Ministerpräsidentenkonferenz der drei Westzonen eingesetzt worden war, um Richtlinien für ein Grundgesetz auszuarbeiten, die dem Parlamentarischen Rat als Grundlage für seine Arbeit unterbreitet werden könnten¹⁾. Der Ausschuß erstellte auf dem Verfassungskonvent von Herrenchiemsee den Entwurf eines Grundgesetzes, der in den Art. 32-42 im wesentlichen die Gesetzgebungszuständigkeiten von Bund und Ländern regelte²⁾. Zum Wesen verfassungsrechtlicher Gesetzgebungszuständigkeiten nahm er ausdrücklich Stellung³⁾:

"Der Katalog der Zuständigkeiten regelt nur die Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern. Er enthält weder ein politisches Programm, noch auch eine Aufforderung an den Bund, die genannten Gebiete durch Bundesgesetz zu regeln; er gibt dem Bund nur die formale Möglichkeit, Gesetze zu erlassen, begründet aber keine Pflicht für ihn. Er begrenzt ferner nicht den stofflichen Gehalt der Bundesgesetze, außer im Verhältnis zur Landesgesetzgebung. Er gibt den Bundesgesetzen auch keine inhaltliche Tendenz. Vielmehr ist er sozusagen neutral. Aus diesem Grunde hat der Konvent versucht, schon aus der Wortprägung der Aufzählung alles fernzuhalten, was so gedeutet werden könnte, als solle damit eine politische Wertung getroffen werden. Wo allerdings die Tendenz ersichtlich unpolitisch ist, sind solche Formulierungen vom Konvent unbedenklich zugelassen worden, zum Beispiel in den Worten 'Maßnahmen gegen Pflanzenkrankheiten'. Eine einzige s c h e i n -

1) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, S.4

2) Bericht, S.64 ff.

3) Bericht, S.29

b a r e¹⁾ Ausnahme, über die aber im Konvent völlige Einheit besteht, liegt in der Ziffer 25 des Art.36²⁾ mit der Formulierung 'Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung' vor".

Diese Stellungnahme dokumentiert noch ein auf rein formale Funktionierensprinzipien reduziertes Kompetenzverständnis³⁾, erschöpft sich in der Anerkennung der formellen, vertikal gegliederten Ordnungsfunktion verfassungsrechtlicher Gesetzgebungszuständigkeiten.

Obwohl dem Parlamentarischen Rat u.a. auch der Herrenchiemseer Entwurf als Grundlage für seine Arbeit empfohlen wurde⁴⁾ und er auch eine der Grundlagen seiner Arbeit war, hat weder sein Plenum noch einer seiner Ausschüsse zu dieser Frage noch einmal ausdrücklich Stellung genommen. Aber aufgrund seines Selbstverständnisses als Therapeut der Fehler von Weimar⁵⁾ kann zumindest nicht mehr uneingeschränkt davon ausgegangen werden, daß im Zuge der Abkehr von einer Wertneutralität der Verfassung und Formaldemokratie die Ansicht des Herrenchiemseer Verfassungskonvents noch in vollem Umfang geteilt wurde und die Front derer noch völlig geschlossen war, die das Formalprinzip zumindest noch für den im organisatorischen Teil des Grundgesetzes angesiedelten Zuständigkeitskatalog aufrechterhalten wollten.

1) Hervorhebung im Original

2) Art.36 Ziff.25 des Herrenchiemseer Entwurfs lautete: "Der Bund hat die Vorranggesetzgebung über Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung". Der Begriff der Vorranggesetzgebung wurde für das Grundgesetz nicht beibehalten, sondern durch den Begriff der konkurrierenden Gesetzgebung ersetzt. Art.36 Ziff.25 des Entwurfs fand seine endgültige - bedeutungsmäßig praktisch unveränderte - Form in Art.74 Nr.16 GG.

3) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.18 GG, Rdnr.5

4) Parlamentarischer Rat, Stenographischer Bericht über die Plenarsitzungen, Bonn 1948/49, 2.Sitzung, S.22

5) H.Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat, in: Arbeits- und sozial-

5. Formelles Kompetenzverständnis als Ausdruck des Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft

Allen diesen Ansichten ist gemein, daß sie das Grundgesetz in zwei Teile spalten, in den Grundrechtsteil und den organisatorischen Teil; Normativität und materiellen Gehalt bezieht es allein aus dem ersteren, letzterer erlangt nur formell-organisatorische Bedeutung. Das bedeutet aber, daß eine Einschränkung von Grundrechten bzw. überhaupt eine Einwirkung auf Grundrechte durch Zuständigkeitsbestimmungen als mit dem Grundrechtssystem unvereinbar abgelehnt wird¹⁾. Dieser Dualismus zwischen organisatorischem Teil der Verfassung, der lediglich der staatlichen Macht Regeln gibt, und dem Grundrechtsteil, der dem Bürger einen Freiheitsraum gewährleistet durch die Eingrenzung dieser staatlichen Macht²⁾, ist aber letztlich nur die Folge eines noch nicht überwundenen, d.h. als noch gegeben vorausgesetzten Dualismus zwischen "Staat" und "Gesellschaft"³⁾, der auf das Staatsverständnis des 19. Jahrhunderts zurückgeht. Danach war der "Staat" die vorgegebene, durch Herrscher, Beamtentum⁴⁾, Heer und Adel⁵⁾ verkörperte und nicht vom Volke abgeleitete staatliche Gewalt; ihm stand eine unpolitische (bürgerliche) "Gesellschaft" unverbunden gegenüber, die einerseits fast keine Möglichkeit zu politischer Mitbe-

rechtliche Studien, Heft 2, Stuttgart 1960, S.9

- 1) Biermann, Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole, S.166
- 2) Hesse, Grundzüge, S.125
- 3) Siehe hierzu Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: Festgabe für Smend, S.23 ff.; ebenso Hesse, Grundzüge, S.9; vgl. aber auch E.-W.Böckenförde, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, S.8 ff.
- 4) Hesse, Grundzüge, S.8
- 5) Richtigerweise sieht E.-W.Böckenförde, aaO., S.19 auch Heer und Adel nicht eigentlich als Bestandteil der bürgerlichen Gesellschaft im hier verwendeten Sinn, sondern als Bestandteil der Herrschaftsorganisation "Staat" an.

stimmung hatte, andererseits aber ihre eigenen Lebensverhältnisse weitgehend autonom regelte¹⁾. "Staat" und "Gesellschaft" berührt sich nur insoweit, als der Staat das freie Spiel der Kräfte im gesellschaftlichen Bereich zu gewährleisten und im Falle von Störungen der im gesellschaftlichen Bereich wirksamen eigengesetzlichen Steuerungsmechanismen zu intervenieren hatte²⁾.

Demgegenüber ist der heutige Staat - vor allem in seiner Ausprägung als demokratisch und sozial ausgerichtetes Gemeinwesen - nicht mehr Gegenpol einer in sich ruhenden, autonomen Gesellschaft, sondern Integrationsfaktor bei der Schlichtung gesellschaftlicher Spannungszustände wie sie beispielsweise in Form divergierender pluralistischer Gruppeninteressen immer häufiger auftreten³⁾; die kapitalistisch-industrielle Entwicklung hat dieser entpolitisierten, privaten, individualistisch und nicht sozial verstandenen Gesellschaft ihre Grundlage entzogen und hat sie abhängig gemacht von staatlicher Planung und einer immer tiefergreifenden Reglementierung in fast sämtlichen Lebensbereichen - allen voran auf wirtschaftlichem Gebiet; andererseits ist ein demokratischer Staat ohne die politische Mitwirkung der gesellschaftlichen Kräfte nicht denkbar⁴⁾. Es ist deshalb inzwischen fast einhellige Meinung, daß "die heutige Bedeutung des Staates für das wirtschaftliche und soziale Leben wie die 'gesellschaftliche' Einflußnahme auf das staatliche Wirken oder sogar die 'gesellschaftliche' Beteiligung an

1) Hesse, Grundzüge, S.8

2) Hesse, aaO. S.8

3) Ernst Fraenkel, Die ordnungspolitische Bedeutung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat, in: Die Stellung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat, Düsseldorf 1968, S.27

4) Hesse, Grundzüge, S.9

ihm ... eine unverbundene Gegenüberstellung" von Staat und Gesellschaft ausschließen¹⁾, und daß deshalb auch die Grundrechte nicht mehr trennender Vorbehalt gegenüber dem Staat sind, sondern verbindende Beziehung, d.h. "Grundlage politischer Einigung"²⁾.

1) Hesse, aaO., S.9; letztlich zu demselben Ergebnis gelangt auch E.-W. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, der zwar nicht eine Trennung von Staat und Gesellschaft im herkömmlichen Sinne verlangt, jedoch abweichend von der allgemeinen Meinung eine "Unterscheidung" und "Gegenüberstellung" von Staat und Gesellschaft für notwendig hält (S.30 f.). Basierend auf der Staatslehre Hellers, wonach der Staat als "organisierte Wirkeinheit" zu verstehen ist, sieht er im Staat eine Teilorganisation der Gesamtorganisation "Gesellschaft" (S.24 ff.), die bestimmte Funktionen im Gesamtsystem wahrnimmt, die es zu unterscheiden, d.h. miteinander in Beziehung zu setzen und "ihre Funktionen zu differenzieren" gilt. Zuzustimmen ist dem sicherlich insoweit, als die Alternative zur Trennung von Staat und Gesellschaft sicherlich nicht deren Gleichsetzung sein darf; denn, so meint Böckenförde richtig, die Identität von Staat und Gesellschaft würde zur "totalen Demokratie" führen (S.36), d.h. zum Verlust jeglicher individueller Freiheit. Was die von Böckenförde geforderte Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in den Bereichen zwischen strikter Trennung und Identität anlangt, so ist dem zuzustimmen, was Hesse, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: DÖV 1975, S.437 ff., hierzu neuerdings kritisch bemerkt hat: daß mit einer grundsätzlichen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im Sinne Böckenfördes nichts gewonnen ist, sondern daß es im Grunde um eine konkrete und differenzierte "Zuordnung (Unterstreichung vom Verfasser) von Staat und Gesellschaft durch Verfassung und Gesetz" geht, "bei der es darauf ankommt, das 'richtige' Maß von Trennung und Verbindung ... zu finden" (aaO., S.442).

2) So schon Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), jetzt in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S.318

Daß verfassungsrechtliche Zuständigkeitsbestimmungen Organisationsnormen sind und insofern in Wahrnehmung einer vertikalen Ordnungsfunktion Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern verteilen, steht außer Frage; diejenigen aber, die noch in der Beschreibung dieses nur äußeren Strukturbereiches ihre Wirkung erschöpft sehen¹⁾, haben den Schritt der nunmehr herrschenden Lehre hin zu einem materiellen Verfassungsverständnis²⁾ mit seinen Wechselbezügen zwischen Grundrechten und Organisationsrecht nicht mitvollzogen, wonach auch den Zuständigkeitsbestimmungen des Grundgesetzes unter bestimmten Umständen materieller Gehalt zukommen kann.

§ 2 Die materielle innere Struktur verfassungsrechtlicher Zuständigkeitszuweisungen

1. Fortentwicklung des formellen Kompetenzbegriffs

Basierend auf Smend³⁾, der bereits 20 Jahre vor dem Herrenchiemseer Verfassungskonvent darauf hingewiesen hatte, daß eine Trennung der Verfassung in einen materiell-rechtlichen Grundrechts- und einen formell-organisatorischen Teil eine Verkennung des Wesens der Ver-

1) S.o. S.8 f.

2) Vgl. hierzu insbesondere Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S.53 ff. (77 ff.); Hesse, Grundzüge, S.28; Bäuml, Staat, Recht und Geschichte, S.24; Scheuner, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S.125; ebenso Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirketiven, in: AöR 90 (1965), S.349, Fn.26; desgleichen z.B. BVerfGE 1,14 (32); 3,225 (231 f.); 15,167 (194); 19,206 (220); 28,243 (261); 30,1 (19).

3) Verfassung und Verfassungsrecht (1928), jetzt in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S.198; ders.: Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), ebenda, S.318

fassung als materieller Gesamtheit darstelle¹⁾, hat insbesondere Scheuner²⁾ schon früh auf die Zusammenhänge zwischen Grundrechten und Zuständigkeitsbestimmungen hingewiesen und die These vertreten, daß auch sachlich normierenden Kompetenzbestimmungen eine materiell-rechtliche Bedeutung zukommen kann. In dieselbe Richtung zielt Ehmke³⁾ mit seiner Feststellung, zwischen Grundrecht und Kompetenz bestehe ein unlösbarer Zusammenhang und mit der Kompetenz würden nicht nur Gesetzgebungsge-
walt verteilt, sondern auch bestimmte Aufgaben zugewiesen. Auch Püttner⁴⁾ kommt auf dem Wege über die verfassungsrechtliche Problematik der Monopole zu dem Ergebnis, daß es sich bei den Artikeln 105 ff. GG nicht nur um reine Kompetenznormen handelt. Desgleichen ist Lerche der Ansicht, daß Kompetenznormen weit mehr seien als

-
- 1) Vgl. hierzu auch schon oben, S. 8 Fußn. 1
 - 2) Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: VVDStRL 11 (1954), S. 23, Fußn. 55; Scheuner modifiziert seine These mehrfach, so in: VVDStRL 20 (1963), S. 126, wo er meint, es gebe Kompetenzbestimmungen mit direkten sachlichen Anweisungen für die inhaltliche Gestaltung eines Gebietes (z. B. Art. 74 Nr. 16 GG), die von gleicher Tragkraft seien wie grundrechtliche Vorschriften und die für die richtige Begrenzung und Sinngebung grundrechtlicher Normen durchaus heranzuziehen seien; weiter in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, S. 61: "Diese (Kompetenzbestimmungen) sind keineswegs lediglich Zuteilung von Zuständigkeiten, sie können durch die Erhöhung bestimmter Sachzusammenhänge und Zielsetzungen auch Richtpunkte setzen und sogar Aufträge geben". Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Forsthoff (1972), S. 325 ff. (329, 337 ff.), sowie: Gewährleistungen und Fakten im Verfassungstext, in: Festschrift für Scupin (1973), S. 323 ff. (327, 331 f., 333 f.)
 - 3) Wirtschaft und Verfassung, S. 25 f., 29 f.; ders.: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 89 f.
 - 4) Die öffentlichen Unternehmen, S. 164

formale Grenzziehungsnormen¹⁾, und deshalb zahlreiche sachliche Programme zu entwickeln pflegten²⁾. F.Müller³⁾ meint, die Ordnung von Gesetzgebungskompetenzen nach Sachzusammenhängen sei nicht nur Frage der Formulierungstechnik, sondern bedeute gleichzeitig die Anerkennung "relativ eigenständiger, in den Sachgegebenheiten der sozialen Wirklichkeit begründeter Teilordnungen". So enthalte u.a. auch Art. 74 Nr. 16 GG über die Kompetenzzuweisung hinaus allgemein sachliche Grundzüge der inhaltlichen Gestaltung seines Normbereichs und könne insoweit nicht nur zur Konkretisierung von Grundrechten herangezogen werden, sondern sei selbst von gleicher Tragweite wie grundrechtliche Normen^{4) 5)}.

Allen hier wiedergegebenen Meinungen ist gemeinsam, daß sie einen ausschließlich auf formelle Ordnungsfunktionen beschränkten Zuständigkeitsbegriff als zu eng ableh-

-
- 1) Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, in: VVDStRL 21 (1964), S. 77
 - 2) Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsaktivitäten, in: AöR 90 (1965), S. 347
 - 3) Normstruktur und Normativität, S. 206; ders.: Juristische Methodik, S. 159 f.
 - 4) F. Müller, aaO., S. 206
 - 5) Weiterhin werden sachliche Gehalte von Kompetenzvorschriften anerkannt, z.B. von: Arndt, JZ 1965, 337; Pestalozza, Der Staat Bd. 2 (1963), S. 439; ders.: Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, in: Der Staat Bd. 11 (1972), S. 169 ff.; Erwin Stein, NJW 1964, 1752; Ossensbühl, DÖV 1965, S. 657; Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, S. 228, Fn. 239; W. Hoffmann, Rechtsfragen der Währungsparität, 1969, S. 89; R. Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 7; ders.: Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 174; ders.: Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 64; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassung, S. 202, Fußn. 83; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 70 GG Rdnr. 2; vgl. auch ders.: Art. 73 Rdnr. 4, 7, jedoch mit dem Hinweis, die materiell-rechtliche Wirkung des Inhalts von Art. 73 dürfe nicht überschätzt werden; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Vorbemerkung II 6 b 3 vor Art. 70 (S. 1339 ff.), vor allem im Hinblick auf Art. 73 Nr. 1 GG; unter starker Einschränkung einer Gemeingültigkeit ebenda, Vorbem. II 7 a vor Art. 70 (S. 1343); H. P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 152 ff.

nen und den Zuständigkeitsbestimmungen des Grundgesetzes zwar nicht generell, aber zumindest in einzelnen, konkret angesprochenen Fällen auch materielle Bedeutung beizumessen. Gemeinsam ist ihnen auch, daß sie von einem Verständnis der Verfassung als materieller Einheit¹⁾ ausgehen, wonach die einzelne Verfassungsnorm nicht für sich allein, sondern immer auch im Zusammenhang der Verfassung gesehen werden muß²⁾. Ein solches Verfassungsverständnis gebietet es aber, auch die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes daraufhin in den Blick zu nehmen, inwieweit und unter welchen Umständen sie eigene materielle Aussagen machen und ihnen insoweit eigenes materielles Gewicht zukommt.

Im folgenden sollen daher die einzelnen inneren Strukturelemente untersucht werden, die das materielle Gewicht der Zuständigkeitszuweisungen der Verfassung bestimmen.

2. Horizontale Aufgaben- und Gewaltzuweisungsfunktion

Zunächst ist jede Zuständigkeitszuweisung ganz allgemein eine Kompetenzzuweisung³⁾, so daß, konkret gesprochen, die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung diesem die Kompetenz verleiht, im Rahmen

1) S.o. S.14 ff.

2) Hesse. Grundzüge, S.28

3) Schon Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: VVDStRL 11 (1954), S.23, Anm.55, unterscheidet zwischen einer äußeren und einer inneren Kompetenzstruktur, wenn er sagt, daß die Verfassung nicht selten die der "Zuständigkeitsnorm" entsprechende "Kompetenznorm" weglassen oder umgekehrt auch Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.90, nimmt eine strenge terminologische Unterscheidung vor zwischen "Zuständigkeit" im formellen Sinn und "Kompetenzen" im materiellen, das Verhältnis Bürger-Staat in Form der Gewaltzuweisung betreffenden Sinn; diese wird hier übernommen, soweit es in bezug auf die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen "äußerer" und "innerer" Struktur sinnvoll erscheint.

der Verfassung den angesprochenen Regelungsbereich zu normieren, wie er es aus dem Sinnzusammenhang der Gesamtverfassung für erforderlich hält¹⁾. Diese Umschreibung der Kompetenz als *Aufgaben- und Gewalt-Zuweisung*²⁾ macht einen wesentlichen Bestandteil der inneren Struktur der Kompetenzbestimmungen aus³⁾.

Nachdem alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art.20 Abs.2 Satz 1 GG) und damit zugleich zum Ausdruck kommt, daß Bundes- wie Länderstaatsgewalt originäre Staatsgewalt darstellen⁴⁾, also nicht letztere von ersterer abgeleitet ist, und das Grundgesetz den Zuständigkeiten des Bundes und der Länder im jeweiligen Kompetenzbereich grundsätzlich gleichen Rang beimißt⁵⁾, verteilen die Zuständigkeitsbestimmungen durch ihre Kompetenzzuweisungen originäre Staatsgewalt und erfüllen damit eine horizontale Ordnungsfunktion, die ihrerseits wieder ein Element demokratischer Verfassungsgestaltung ist; demokratisch deshalb, weil die Zuweisung der Ausführungsgewalt Ausprägung des demokratischen Prinzips der Gewaltenteilung ist.⁶⁾ Die Aufteilung von Kompetenzen im föderativen Staatssystem zwischen Bund und Einzelstaaten legitimiert damit das jeweilige Gesetzgebungsorgan als Ordnungsfaktor durch die Übertragung originärer Gewalt und ermächtigt es

1) So in anderem Zusammenhang bereits BVerfGE 4,7 (15)

2) Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.111

3) Der von Ehmke hierfür geprägte Begriff eines "positiven Kompetenzverständnisses" (Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.90) hat sich zwischenzeitlich fast allgemein durchgesetzt; von einem in diesem Sinne positiven Kompetenzverständnis geht auch aus z.B. BVerfGE 7,377 (400 f.)

4) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.20 GG Rdnr.48; ebenso v.Mangoldt-Klein, Art.20, Anm.V 4 e; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.20 GG, Anm.2; a.A. wohl Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art.20, Anm.5

5) Friauf, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, S.27

6) H Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, S.24 f.

zur Rechtsetzung¹⁾, legitimiert also weiterhin mit der Zuteilung einer Kompetenz im Rahmen grundrechtlicher Grenzen auch die Ausübung dieser Befugnisse²⁾.

3. Legitimations- und Garantiefunktion von Kompetenzbestimmungen

a) "Positive" Wechselbeziehung zwischen Kompetenz und Gesamtverfassung

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 22.5.1962³⁾ hinsichtlich der Art.105 ff. GG festgestellt, daß ihnen eine Doppelfunktion als Zuständigkeitsregelung und als Legitimation der Finanzmonopole in ihrer grundsätzlichen Struktur⁴⁾, d.h. im Regelungskern zukommt. Zwar betraf diese Feststellung in erster Linie die Legitimierung der bestehenden vorkonstitutionellen Finanzmonopole direkt aus einer Kompetenzvorschrift heraus; daraus hat jedoch Pestalozza⁵⁾ den richtigen Schluß gezogen, daß diese Feststellung für eine Reihe weiterer Kompetenzbestimmungen gilt: zum einen üben sie eine Legitimationsfunktion hinsichtlich des angesprochenen Regelungsgegenstandes aus, indem durch die Kompetenzgemäßheit die prinzipielle Verfassungsmäßigkeit indi-

1) Siehe hierzu auch Radbruch, Rechtsphilosophie, S.190; nach der naturrechtlichen reinen Machttheorie ist zur Rechtsetzung berufen, wer zur Rechtsetzung in der Lage ist (S.176). Der in diesem Sinn "Mächtige" hat mit dem im hier aufgezeigten Sinn "Ermächtigten" gemein, daß zur Rechtsetzung begriffsnotwendig die Macht gehört, dem gesetzten Recht auch Geltung zu verschaffen; für den "Ermächtigten" endet das Rechtsetzungsrecht aber einmal dort, wo er sich selbst nicht mehr an das Recht gebunden hält (S.288), zum anderen dort, wo neben dem (positivistischen) Wertmaßstab der Rechtssicherheit die Grundsätze der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit des Gesetzes (S.353) nicht gewahrt sind.

2) Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S.35

3) BVerfGE 14,105

4) BVerfGE 14,111

5) Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, S.164,169

ziert wird; zum anderen wird der Regelungsbereich in seinem Begriffskern garantiert¹⁾. Dies gilt aber nur für solche Kompetenzbestimmungen, die nicht nur als "bloße Verweisung", d.h. als "deklaratorisch" anzusehen sind, weil sich ihr "Regelungsbereich mit dem Schutzbereich eines Grundrechts" deckt, d.h. die Kompetenz im Sinne der Gewaltzuweisung sich direkt aus einem grundrechtlichen Normbereich entnehmen läßt, sondern die selbst "konstitutive" Eigenschaften entwickeln, d.h. die "Entscheidung der Verfassung über die grundsätzliche Unbedenklichkeit des Regelungsgegenstandes" nicht nur wiederholen, sondern selbst konstituieren²⁾. Zu Recht wird Art.74 Nr.16 GG allgemein unter die konstitutiven³⁾ Kompetenzvorschriften eingereiht, so daß eine Wettbewerbsgesetzgebung einmal verfassungsrechtlich legitimiert und in ihrem Begriffskern garantiert erscheint⁴⁾.

Einen materiellen Gehalt, d.h. verfassungsrechtlich relevante individuelle Wesensmerkmale und Gewichte entwickeln Kompetenzbestimmungen daher in dem Bereich, in dem die Verfassung die der Zuständigkeitsbestimmung entsprechende Kompetenzbestimmung nicht ganz oder teilweise anderwärts normiert⁵⁾, so daß die Kompetenz unmittelbar aus der Zuständigkeitsnorm im Wege der Einzeluntersuchung entwickelt werden muß. Je nach dem gefundenen Einzel-

1) Pestalozza, aaO., S.183

2) Pestalozza, aaO., S.169 f. m.w.N.

3) Für viele: Pestalozza, aaO., S.171; Scheuner, Gewährleistungen im Verfassungstext, in: Festschrift für Scupin, S.323 ff. (331); im Ergebnis gleichfalls Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirrektiven, in: AöR 90 (1965), S.341 ff.(351).

4) Zum Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG und zu seiner (relativen) Garantiefunktion hinsichtlich des Wettbewerbs nicht im Sinne eines "Instituts", sondern eines vorausgesetzten, realen Lebensvorgangs, vgl. unten S. 73 f.

5) Scheuner, VVDStRL 11 (1954), S.23, Anm.55

ergebnis kann eine Kompetenzbestimmung dann aufgrund ihres materiellen Gewichts in der Lage sein, im Konfliktsfall im Rahmen ihres Regelungsbereiches Grundrechte zu begrenzen oder sogar zurückzudrängen.

b) "Negative" Wechselbeziehungen zwischen Kompetenz und Gesamtverfassung

Dieser "positiven" Wechselbeziehung zwischen Grundrecht und Kompetenz¹⁾ steht die "negative" gegenüber. Wie die Kompetenz Grundrechtsgehalte beeinflussen, begrenzen und zurückdrängen kann, können materielle Gehalte von Kompetenzbestimmungen von der Grundrechtsseite her ebenso beeinflußt, begrenzt und zurückgedrängt werden²⁾, da die Grundrechte als subjektive Abwehrrechte des Bürgers im status negativus gleichzeitig objektiv die staatliche Gewalt begrenzen und deshalb die Kompetenzen des Staates negativ abgrenzen³⁾. Für unseren Ausgangsfall bedeutet dies, daß die Kompetenz zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung sicherlich nicht die Befugnis enthält - von Zweckmäßigkeitsüberlegungen einmal ganz abgesehen, die hier aber auch nicht relevant werden⁴⁾ - ein allgemeines Kartell- und Fusionsverbot zu normieren; insoweit wird die Kompetenz durch die Art.14 Abs.1, 12 Abs.1 GG sowie durch Art.3 Abs.1 GG negativ bestimmt.

4. Zwischenergebnis

Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, ist die innere Struktur der Kompetenzbestimmungen hinsichtlich der Aufgaben- und Gewaltzuweisung durch ihre materiell-horizontale Ordnungsfunktion, hinsichtlich der Vermutungs-

1) Vgl.hierzu auch Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S.103 ff.

2) Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.30

3) Hesse, Grundzüge, S.122

4) Vgl.hierzu z.B. BVerfGE 4,7 (18)

wirkung der Verfassungsmäßigkeit ihres Regelungsgegenstandes durch ihre Legitimationsfunktion und hinsichtlich ihres konstitutiven Regelungsbereiches durch ihre Garantiefunktion gekennzeichnet.

Wie die bisherigen Erörterungen weiter ergeben haben, muß das materielle Gewicht einer Kompetenznorm sowohl hinsichtlich seiner Bedeutung im Gesamtzusammenhang der Verfassung, wie auch hinsichtlich des Umfangs der konstitutiven Regelungsbereichsaussage jeweils im Einzelfall ermittelt werden; denn Verfassungsnormen kommt unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Verfassung Gleichrang bei unterschiedlicher materieller Intensität zu, wobei eine werthierarchische Rangfolge unter ihnen nicht besteht¹⁾. Die Einzeluntersuchung des materiellen Gewichts hat daher den Blick zunächst darauf zu wenden, ob sich die Sachbereichsaussage der Kompetenz mit grundrechtlichen Schutzbereichen deckt oder überschneidet und damit ganz oder teilweise eine lediglich verweisend-deklaratorische Bedeutung hat, oder ob derartige Schutzbereichsüberschneidungen nicht auffindbar sind. Wo dies nicht der Fall ist, hat auf der zweiten Stufe die Ermittlung des materiellen Gewichts im Wege systematischer Verfassungsauslegung zu erfolgen.

Wenn also materiell aufgeladene Kompetenznormen ihren Regelungsgegenstand im Sinne seiner verfassungsmäßigen Unbedenklichkeit legitimieren und seinen Regelungskern im Sinne seiner Bestandssicherung garantieren können²⁾,

1) In ständiger Rechtsprechung z.B. BVerfGE 1,276; 3,231; 19,219

2) Bei diesen Festlegungen bleibt beispielsweise Pestalozza, Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, bedingt durch seinen Untersuchungsgegenstand der Finanzmonopole und der Steuerkompetenz, zu Recht stehen; denn beide Kompetenzgegenstände führen darüber nicht hinaus. Weder werden Art.105 Abs.1 GG Gesetzgebungspflicht hinsichtlich der Neuschaffung und Ausgestal-

so stellt sich an diesem Punkt der Untersuchung die Frage, ob sie damit im Einzelfall dem Gesetzgeber nicht auch die Erfüllung sachlicher Aufgaben unmittelbar befehlen können¹⁾, ob sie also nicht auch eine "Obligationsfunktion"²⁾ auszuüben vermögen. Im Rahmen der Untersuchung dieser Obligationsfunktion von Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes ist es aus methodischen Gründen unerlässlich, weiter auszuholen und zunächst zu erörtern, in welcher Weise und in welchem Umfang das Grundgesetz überhaupt direkte Zuweisungen sachlicher Aufgaben an den Gesetzgeber enthält; denn die Frage kompetentieller Handlungspflichten des Gesetzgebers ist untrennbar verbunden mit der allgemeinen Problematik ver-

tung von Finanzmonopolen, noch den Steuerkompetenzen direkte Anweisungen über die Art von Steuern oder die materielle Ausgestaltung von Steuergesetzen zu entnehmen sein.

- 1) Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S.90; ders.: Wirtschaft und Verfassung, S.111; Scheuner, Aussprache in: VVDStRL 20 (1963), S.126; Häberle, Gemeinwohljudikatur, AÖR 95 (1970), S.110, Anm.68, der im Kompetenzkatalog eine "Zusammenstellung normativer Gemeinwohlgesichtspunkte" sieht, d.h. zumindest in dieser Richtung sachliche Beauftragung.
- 2) Eine Rechtspflicht zur Kompetenzausfüllung nimmt, soweit ersichtlich, erstmals Nawiasky (Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, S.86 f.) im Verhältnis zwischen Bundesstaat und Gliedstaaten an. Er meint, in einem nicht nur als Zweckverband strukturierten, sondern von einer gemeinsamen Idee, wie z.B. der nationalen Einheit, getragenen Bundesstaat hätten die Gliedstaaten zur Verwirklichung vollen staatlichen Lebens die Verpflichtung gegenüber dem Bundesstaat (!), von den ihnen übertragenen Kompetenzen Gebrauch zu machen. Diese These hält er auch - allerdings weiterhin ausschließlich im bundesstaatlichen Bezug - für das Verhältnis zwischen Bund und Ländern nach dem Grundgesetz aufrecht (Nawiasky-Lechner, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband, S.11). Zwar sollen hier bundesstaatliche Fragen ausgeklammert bleiben und hat diese These auch keinen wesentlichen Widerhall gefunden, jedoch stellt sie einen ersten, wenn auch nicht überzeugenden Versuch dar, materielle Zusammenhänge zwischen Gesetzgebungsrecht und Gesetzgebungspflicht aufzuzeigen.

fassungsrechtlicher Gesetzgebungspflichten und kann deshalb auch nur in diesem Gesamtzusammenhang beantwortet werden.

5. Die Obligationsfunktion von Kompetenzbestimmungen

a) Gesetzgebungspflicht und Gemeinwohl

Zunächst ist davon auszugehen, daß es eine sich allgemein aus dem Grundgesetz ergebende und nicht auf Einzelaufträge in der Verfassung zurückführbare Gesetzgebungspflicht mit dem materiellen Inhalt, daß der Gesetzgeber alle Gesetze zu erlassen habe, die das Gemeinwohl erfordere¹⁾, nicht gibt²⁾. Daß aber der Gesetzgeber auf

1) Vor allem J. Seiwert, Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, S. 42 f., hat diesen Nachweis einer allgemeinen Gesetzgebungspflicht aus dem Grundgesetz heraus zu führen versucht. Die These ist jedoch schon deshalb unhaltbar - und hat deshalb auch keine Anhängerschaft gefunden -, weil eine Determinierung des Gemeinwohlbegriffs damit in erster Linie dem Gesetzgeber überlassen wäre, seine Gesetzgebungspflicht sich daher vor allem daraus herleiten würde, was er jetzt und gerade als Gemeinwohl ansieht. Damit wäre die Gesetzgebung nicht Resultat von Gemeinwohlvorstellungen, die sich im Prozeß demokratischer Meinungsbildung entwickelt haben, sondern lediglich Vollzug vorgegebener Gemeinwohlentscheidungen des Gesetzgebers; infolgedessen ist eine solche Sicht bereits mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. - Zu dem in gegenläufiger Richtung gestellten Problem der Heranziehung von Gemeinwohlgesichtspunkten als Interpretationshilfen durch das Bundesverfassungsgericht vgl. Häberle, Gemeinwohljudikatur und Bundesverfassungsgericht, in AÖR 95 (1970), S. 86 ff., 260 ff.; insbesondere S. 293, wo festgestellt wird, daß ein "grundsätzliches inneres Verhältnis von Verfassung und Gemeinwohl im Sinne eines Verständnisses von Verfassung als normativer öffentlicher Gemeinwohlordnung, von Gemeinwohl als spezifisch verfassungsrechtlich begründetem Gehalt" fehle, andererseits aber - und das ist in diesem Zusammenhang von Interesse - die Kompetenzkataloge als "eine Zusammenstellung normativer Gemeinwohlgesichtspunkte" anzusehen seien, d.h. Richtpunkte für die Konkretisierung von Gemeinwohlvorstellungen zu geben vermögen.

der anderen Seite als Verfassungsorgan ganz allgemein eine aktive Rolle zu spielen hat und sich nicht beispielsweise über allzu weitgehende Ermächtigungen gem. Art. 80 Abs. 1 GG gegenüber der Exekutive aus der gesetzgeberischen Verantwortung zurückziehen darf¹⁾, ergibt sich bereits aus seiner Stellung in der demokratischen Ordnung und aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz, der eine Übertragung von Gesetzgebungsfunktionen auf andere Organe - insbesondere Exekutivorgane - verbietet²⁾; insoweit beantwortet sich die Frage nach einem allgemeinen Handlungsgebot des Gesetzgebers mit der negativen Umschreibung dessen, was er nicht tun darf.

b) Gesetzgebung - Verfassungsvollzug oder souveräne Staatstätigkeit des Gesetzgebers?

Auf der anderen Seite läßt sich die Frage nach verfassungsrechtlichen Gesetzgebungspflichten auch nicht pauschal aus einer Klärung der Stellung des Gesetzgebers zur Verfassung beantworten, wobei die einen die Gesetzgebung als Verfassungsvollzug³⁾ im Sinne einer allgemeinen Abhängigkeit der Legislative von der Verfassung in

2) Ablehnend auch Lerche, AöR 90 (1965), S. 341 ff. (S. 351, Anm. 30)

1) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 80 GG, Rdnr. 2; in diesem Sinne z.B. auch Herzog, VVDStRL 24 (1967), S. 193

2) Hesse, Grundzüge, S. 209 f.

3) Ausführlich hierzu Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirketiven, in: AöR 90 (1965), S. 343 f. mit Nachweisen, vor allem hinsichtlich der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts; ebenso Badura, Bundesverfassungsgericht und Wirtschaftsverfassung, in: AöR 92 (1967), S. 382 ff. (391); danach ist Gesetzgebung nicht Verfassungsvollzug, sondern "verfassungserichtlich begrenzte schöpferische Entscheidung über die Ordnung der Gesellschaft und des Rechts".

der Bedeutung eines Exekutivorgans ansehen¹⁾, die anderen eine solche Parallele mit einem (begrifflich dem Verwaltungsrecht entliehenen) Exekutivorgan wegen der einzigartigen Stellung des Parlaments als Verfassungsorgan²⁾ ablehnen und vielmehr die Ansicht vertreten, die Gesetzgebung habe die Vermutung für eine gesetzgeberische Handlungsfreiheit und gegen die Existenz von Gesetzgebungspflichten auf ihrer Seite³⁾. Keine dieser Ansichten ist in ihrer Einseitigkeit richtig, denn der Gesetzgeber ist weder allein Exekutivorgan, noch in seinen legislatorischen Entscheidungen völlig frei und souverän. Vielmehr verlangen die vielfältig in der Verfassung niedergelegten Direktiven Abstriche von seiner gesetzgeberischen Initiativ-Freiheit⁴⁾, wie auf der anderen

-
- 1) In diesem Sinn z.B. Hamann/Lenz, Kommentar zum Grundgesetz, Einführung, Anm.I D 7 a 1 (S.85); Hamann, NJW 1955, 969 ff.; H.Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.886; ders.: Von der reinen Marktwirtschaft zur gemischten Wirtschaftsverfassung, S.13; ders.: Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.3; Küchenhoff, Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: Festschrift für Nipperdey, 1965, Bd.II, S.320; Kelsen, Reine Rechtslehre, S.350
 - 2) Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S.345
 - 3) Basierend auf der Lehre von der Souveränität des Gesetzgebers die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts (z.B. RGZ 118, 327; 139, 189) und z.B. W.Schick: "Gesetz, Gesetzgebung", in: Evangelisches Staatslexikon, Sp.646; allerdings unter der Einschränkung der Existenz von ausnahmsweise vorhandenen Verfassungsaufträgen; vgl. auch H.Peters, Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, Bielefeld 1954, S.11 .
 - 4) Lerche AöR 90 (1965), S.345; jedoch geht auch er von einem Verfassungsbild "der Initiativ- und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers" aus (355) und sieht ein "Meer der gesetzgeberischen Freiheit", dessen "Klippen" nur im Einzelbezug auf Bestimmungen der Verfassung dirigierender Art ausgemacht werden können. Zustimmend auch Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.339 f.; ebenso Wienholtz, Normative Verfassung und Gesetzgebung, S.76 f.

Seite nicht jede gesetzgeberische Aktivität Verfassungsexekution ist. Verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten sind daher nicht pauschal anzuerkennen oder abzulehnen, sondern nur jeweils relativ durch Einzelanalyse der jeweils in Rede stehenden Grundgesetzbestimmung oder auch einer Gruppe von Verfassungsnormen zu bestimmen. Auf den Umstand, daß die gesetzgeberische Freiheit sowohl die Initiative gesetzgeberischen Tätigwerdens überhaupt umfaßt als auch qualitativ die inhaltliche Gestaltung einer Materie durch den Gesetzgeber, wird später noch einzugehen sein.

c) Verfassungsaufträge und Verfassungsbefehle

Verfassungsrechtliche Bindungen des Parlaments bei seiner gesetzgeberischen Tätigkeit sowie verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten finden sich im Grundgesetz in vielfacher Ausformung und in verschiedener Intensität. Es läßt sich dabei eine qualitative Unterscheidung von normativen, auf Sachinhalte gerichteten Aussagen der Verfassung in zweifacher Hinsicht vornehmen: Einmal gibt es Bestimmungen, die in Form von fortwährenden "Verfassungsaufträgen"¹⁾ die beständige Aufforderung an den Gesetzgeber richten, in ihrem Sinne tätig zu werden oder zumindest seine gesetzgeberische Tätigkeit an ihnen auszurichten. Sie legen also das "Wie" der Gesetzgebung im Falle eines gesetzgeberischen Tätigwerdens in mehr oder weniger großem Umfang in die Breite wie in die Tiefe fest. Auf der anderen Seite finden sich im Grundgesetz Bestimmungen, die dem Gesetzgeber konkrete, in einem einmaligen oder zumindest stufenweise überschaubaren Gesetzgebungsakt zu realisierende "Verfassungsbefehle" erteilen; mit ihnen gibt die

1) So z.B. ursprünglich auch Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.63 f.

Verfassung daher nicht nur Hinweise oder Aufträge im Falle eines freigestellten gesetzgeberischen Tätigwerdens, sondern legt auch das "Ob" im dem Sinne fest, daß der Gesetzgeber tätig werden muß¹⁾. In der Literatur wird eine solche Unterscheidung zwischen kontinuierlichen und einmaligen Gesetzgebungsaufgaben nur vereinzelt, in der Rechtsprechung überhaupt nicht vorgenommen²⁾. Neuerdings unterscheidet Scheuner³⁾ zwischen Verfassungsprinzipien auf der einen Seite, d.h. "Verfassungsaufträgen" im hier definierten Sinn und solchen normativen Sachinhaltsaussagen, die sich aus Grundrechten in ihrer Eigenschaft als objektive institutionelle Gewährleistungen⁴⁾, in Ausnahmefällen aus sozialen

-
- 1) Inzwischen hat Lerche, AöR 90 (1965), S.341 ff. eine weitere Differenzierung vorgenommen: er unterscheidet zwischen Programmsätzen, d.h. sachlichen Richtsätzen für den Gesetzgeber zur Annäherung an bestimmte Sachziele, die sich vor allem in den "Leitgrundsätzen" der Verfassung sowie in den Kompetenzbestimmungen finden (S.347), Verfassungsbefehlen, die den Gesetzgeber für eine einmalige Sache engagieren (S.355), sowie Gesetzgebungsaufträgen "zur Verfassungsbildung", die zwar alle Merkmale der Programmsätze oder Verfassungsbefehle aufweisen, deren Wesen jedoch nicht im Auftrag zur Realisierung der Verfassung liegt, sondern zu deren Vervollständigung (S.364). Diese vor allem im Hinblick auf prozessuale Fragen vorgenommene Dreiteilung ist im Zusammenhang mit Rechtsschutzproblemen bei gesetzgeberischem Unterlassen zweifellos angebracht, kann aber im vorliegenden Zusammenhang außer acht gelassen werden.
 - 2) Keine derartige Unterscheidung treffen z.B. auch Hamann-Lenz, Grundgesetz, Einführung A 1; vgl. dort auch Anm.B 7 zur Präambel; Hesse, Grundzüge, S.49, 86 f.; vgl. z.B. auch BVerfGE 6,32 (38); 10,59 (81); 27,1 (6); 30,1 (25 ff., 39 f.).
 - 3) Staatszielbestimmungen, S.325 ff.
 - 4) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.328; ders.: Gewährleistungen und Fakten im Verfassungstext, S.324

Grundrechten wie z.B. Art.6 Abs.4,5 GG¹⁾, aus der Gewährleistung von Institutionen des öffentlichen Rechts²⁾ oder aus Gesetzgebungsaufträgen mit präzisem, auf ganz spezielle Normen gerichtetem Gehalt³⁾, d.h. "Verfassungsbefehlen" ergeben. Soweit normative Sachinhaltsaussagen also Einrichtungsgarantien betreffen, handelt es sich demnach nicht um Verfassungsbefehle, die dem Gesetzgeber eine Handlungspflicht auferlegen; vielmehr normieren sie im umgekehrten Sinn eine Pflicht des Gesetzgebers, Gesetzgebungsakte zur Beseitigung oder Einschränkung des Wesensgehalts der Einrichtungsgarantie zu unterlassen. Auch in diesem Sinne können sie jedoch als echte Verfassungsbefehle mit dem Inhalt einer Unterlassungspflicht angesehen werden. In einer weitergehenden Differenzierung betrachtet Scheuner darüber hinaus die hier "Verfassungsaufträge" genannten "Leitgrundsätze"⁴⁾ der Verfassung, von ihm selbst als "Verfassungsprinzipien" bezeichnet, als Oberbegriff, von dem die Staatszielbestimmungen⁵⁾ einen Unterfall bilden.⁶⁾

-
- 1) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.331; zur Frage sozialer Grundrechte im Grundgesetz neuerdings auch Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S.91 ff.
 - 2) Z.B. Garantie der Selbstverwaltung, Erhaltung des Berufsbeamtentums (Staatszielbestimmungen, S.331); ebenso: Gewährleistungen, S.328 f.; zur begrifflichen Differenzierung und zum Streit über den Begriff der Institutsgarantie und der institutionellen Garantie im Grundgesetz, vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 14 II 7 (S.107 f.); diese Frage hat aber im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung, so daß in bewußter Ausklammerung allgemein von "Einrichtungsgarantien" die Rede sein soll.
 - 3) Z.B. Art.6 Abs.5 GG (Staatszielbestimmungen, S.334 f.); ebenso: Gewährleistungen, S.330 f.
 - 4) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.62
 - 5) Der Ausdruck geht zurück auf Ipsen, Über das Grundgesetz, § 14,17, vgl. auch Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd.IV, 1953, S.88 ff., 95 ff.; im gleichen Sinne auch BVerfGE 23, 304 (306)
 - 6) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.330, 335 ff.

Erstere umschreiben danach ganz allgemein formende und richtungsgebende Sachgehalte der Verfassung objektiven Charakters, ohne daß es darauf ankäme, ob sie ein mehr statisch-konservatives Verfassungselement darstellen (wie z.B. Das Rechtsstaatsprinzip)¹⁾, oder mehr dynamische Züge tragen, die staatlicher Betätigung weniger Grenzen ziehen als diese geradezu fordern und in bestimmte Richtungen lenken²⁾, wie vor allen Dingen z.B. das Sozialstaatsprinzip. Auch Kompetenzbestimmungen sieht Scheuner teilweise im Gebiet der Staatszielbestimmungen angesiedelt³⁾, soweit sie in ihrer Definition dynamische, für die staatliche Aktivität richtungsweisende Züge tragen; darauf wird später zurückzukommen sein.

Das Grundgesetz enthält in mannigfacher Weise normative Bindungen des Gesetzgebers, die hier in Zukunft als nicht unmittelbar verbindliche "Verfassungsaufträge" und als unmittelbar den Gesetzgeber bindende "Verfassungsbefehle" bezeichnet werden sollen; Verfassungsaufträge ergeben sich vor allem aus den Bestimmungen über den Staatszweck in der Präambel⁴⁾ (z.B. die nationale und staatli-

1) Die oben gemachten Ausführungen zu den Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes, die Elemente des Rechtsstaatsprinzips sind (Hesse, Grundzüge, S.83), mögen als anschaulicher Beweis für die statisch-konservative Grundtendenz des Rechtsstaatsprinzips dienen.

2) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.336

3) aaO., S.337 unter Hinweis auf entsprechende Bestimmungen der Schweizerischen Bundesverfassung mit Nachweisen; beachte hierzu auch H.G.Lüchinger, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1954, S.148 ff.; dieser sieht, allerdings unter Verfechtung der subjektiv-historischen Auslegungsmethode z.B. bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art.31 bis Abs.3 Lit.a.Schweizerische Bundesverfassung nur eine Befugnis, aber keine Verpflichtung zu staatlichen Eingriffen in Wahrnehmung der Kompetenz.

4) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.328; ebenso Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem der Grundrechte, in: Festgabe für Smend (1962), S.93, Anm.66; ders.: Grundzüge, S.49

che Einheit zu wahren, als Glied eines vereinten Europas dem Frieden der Welt zu dienen, die Wiedervereinigung anzustreben) sowie aus den über das ganze Grundgesetz verstreuten Verfassungsprinzipien (vor allem dem Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip, dem demokratischen Prinzip sowie dem Bundesstaatsprinzip, aber auch z.B. dem Grundsatz der Aufrechterhaltung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts. gem. Art.109 Abs.4 GG in seiner Ausprägung als Auftrag zur Steuerung der Konjunktur und zur umfassenden Wirtschaftsregulierung), wobei im Anschluß an Scheuner¹⁾ als "Staatszielbestimmung" solche Verfassungsaufträge bezeichnet werden sollen, die dynamische auf künftige Entwicklungen und Anpassungen gerichtete Züge tragen. Im Gegensatz hierzu sind Verfassungsbefehle alle die normativen Bindungen des Gesetzgebers, die sich entweder als unbedingte und ausdrückliche Gesetzgebungsaufträge an den Gesetzgeber wenden, und als solche daher bereits durch ihren imperativischen Wortlaut zu erkennen sind²⁾, oder als zwar unbedingte, aber vom Wortlaut her nicht imperativische Gesetzgebungsaufträge in Erscheinung treten, deren Aussage aber über eine bloße Ermächtigung hinausgeht.

1) S.o. S.30 ff.

2) Denninger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, in: JZ 1966, S.768, unterscheidet ebenfalls nicht zwischen Verfassungsauftrag und Verfassungsbefehl, sondern geht von unbedingt expliziten, bedingt expliziten sowie unbedingt impliziten Verfassungsaufträgen aus; erstere und letztgenannte können dabei in der hier vorgenommenen Definition den Verfassungsbefehlen zugerechnet werden, wohingegen die bedingt expliziten Verfassungsaufträge (z.B. die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 GG) den Verfassungsaufträgen im hier festgelegten Sinn zugerechnet werden müssen.

d) Begriffliche Grenzen und Überschneidungen

Die vorgenommenen Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen gegenüber anderen Determinierungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hier um Begriffe handelt, die sich zumindest in ihren Randbereichen oft mürschwer gegeneinander abgrenzen lassen, da die Übergänge vielfach fließend sind. So ist das zweifelsfrei als Verfassungsbefehl zu klassifizierende Gebot des Art.94 Abs.2 GG an den Gesetzgeber, Verfassung und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts zu regeln¹⁾, das mit dem Erlaß des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951 (BGBl.I S.243) in Form eines einmaligen Gesetzgebungsaktes erfüllt wurde, gleichzeitig eine Spezifizierung des Rechtsstaatsprinzips. Auf der anderen Seite stellt sich der in der Präambel verankerte Wiedervereinigungsauftrag²⁾ allein durch die faktischen Verhältnisse als eine auf absehbare Zeit nicht realisierbare, kontinuierliche Verpflichtung zu seiner Verwirklichung dar; theoretisch könnte aber die Wiedervereinigung gemäß Art.23 Abs.2 GG wie ein Verfassungsbefehl in einem einzigen einheitlichen gesetzgeberischen Vorgang vollzogen werden. Die praktische Bedeutung der vorgenommenen Unterscheidung für die vorliegende Untersuchung liegt vielmehr darin, daß sie eine Abgrenzung der jeweiligen Problemlage erlaubt: sie ist für Verfassungsaufträge, die nur das "Wie" einer fakultativen Gesetzgebung betreffen, hinsichtlich ihrer quantitativen, qualitativen und temporären Wahrnehmung wie auch hinsichtlich des individuellen Rechtsschutzes eine

- 1) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.94 GG, Rdnr.1 (der allerdings den Ausdruck "Verfassungsauftrag" verwendet).
- 2) BVerfGE 5,85; kritisch gegenüber der Klassifizierung des Wiedervereinigungsauftrags als Verfassungsgebot aber z.B. Lewald, NJW 1971,89 f., der - wohl zu Unrecht - das Wiedervereinigungsgebot in seiner Gesamtheit nicht für justitiabel hält.

andere als bei Verfassungsbefehlen, die mit großenteils präzisen, auf ganz spezielle, einmalige oder zumindest in ihrer Stufenfolge überschaubare Normerlasse gerichteten Inhalten dem Gesetzgeber die Initiativfreiheit hinsichtlich des "Ob" seines Tätigwerdens entziehen. Darüber hinaus führt die hier vorgenommene Unterscheidung zu einer Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes: denn relevant im Rahmen dieser Arbeit sind nur Verfassungsbefehle, die mit ihrer unmittelbaren Verpflichtung des Gesetzgebers über die bloßen Ermächtigungen von Verfassungsaufträgen hinausgehen. Die Untersuchung wird sich daher im folgenden auf die Frage beschränken können, inwieweit das Grundgesetz und insbesondere die Kompetenzbestimmungen normative Bindungen des Gesetzgebers in Form unmittelbar verbindlicher Verfassungsbefehle enthalten.

§ 3 Die verschiedenen Arten von Verfassungsbefehlen

1. Unbedingte, explizite Verfassungsbefehle

Die Ermittlung von Verfassungsbefehlen im Grundgesetz ist dort einfach, wo sie bereits von ihrem Wortlaut her in eine imperativische, "explizite"¹⁾ Form gekleidet sind. Hierher gehören in erster Linie die Muß-Sätze, nach denen durch Gesetzgebung eine Materie zu ordnen ist (z.B. Art.6 Abs.5, 29 Abs.1 Satz 1 GG²⁾). Für die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes trifft dies ausnahms-

1) Denninger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, JZ 1966, S.767 ff. (768)

2) Kalkbrenner, DÖV 1963, S.41 (43); H.W.Müller, DÖV 1964, 226 (227); R.Herzog, Stichwort: "Programmsatz", in: Evangelisches Staatslexikon, Sp.1619; Denninger, JZ 1966, 767 (768). Lerche, AöR 90 (1965), S.355 hält an einer zwar eingeschränkten, aber in Teilbereichen dennoch verbleibenden Initiativfreiheit des Gesetzgebers auch im Falle von Muß-Vorschriften fest; dabei scheinen aber in erster Linie prozessuale Erwägungen im Vordergrund zu stehen. Vgl. auch Wienholtz, Normative Verfassung und Gesetzgebung, S.49 ff., S.57 ff.

los nicht zu; unbedingte explizite Verfassungsbefehle können sie also nicht erteilen.

Im Zusammenhang mit der Erfüllung unbedingter, expliziter Verfassungsbefehle hat sich jedoch ein Streit entzündet, der für jede Art von Verfassungsbefehlen gleichermaßen von Bedeutung ist und der deshalb auch hier nicht unerwähnt bleiben kann: der Streit um die Bestimmung des Erfüllungszeitpunktes¹⁾ von Verfassungsbefehlen. Denn soweit der Erfüllungszeitpunkt nicht ausnahmsweise benannt ist (z.B. in Art.117 Abs.1 GG) und damit festliegt, besteht insoweit eine gesetzgeberische Initiativfreiheit, deren Umfang und Grenzen jedoch weitgehend ungeklärt sind. Man hat sich zwar mit allgemeinen, dem Zivilrecht oder dem Verwaltungsrecht entliehenen Begriffen wie "unverzüglich"²⁾ oder "in angemessener Frist"³⁾ zu helfen versucht; sie werden aber in dieser Undifferenziertheit allgemein als unbrauchbar angesehen⁴⁾. Die Festlegung des Erfüllungszeitpunktes dürfte sich in diesen Fällen vielmehr nach Schwierigkeit und Umfang

1) Zum Erfüllungszeitpunkt, der für den Gesetzgeber einen angemessenen Zeitraum belassen muß und zu dessen Bestimmung, vgl. die Rechtsprechung des BVerfG zu Art.6 Abs.5 GG in BVerfGE 6,257 (265 f.); 8,210 (216); 10,133; 25,167; in der letztgenannten Entscheidung hat das BVerfG bekanntlich den Ablauf der 5.Legislaturperiode im Herbst 1969 als letztmöglichen Zeitpunkt für die Erfüllung des Verfassungsbefehls durch den Gesetzgeber festgelegt.

2) Ermacora, DÖV 1960,561 (564)

3) BVerfGE 8,210 (216); Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.21 GG, Rdnr.47

4) Kritisch hierzu mit Recht Lerche, AÖR 90 (1965), S.363, der darin eine unfundierte Heranziehung verwaltungsrechtlicher Vorstellungen sieht und meint, die Bestimmung des Erfüllungszeitpunktes sei eine Frage individueller Normauslegung und lasse sich nicht schablonenhaft beantworten; vgl.auch Hartz, Der Betrieb 1967, S.307 ff. (308 f.)

der zu regelnden Materie, dem Umfang der Notwendigkeit demokratischer Meinungsbildung (z.B. der Notwendigkeit von Hearings, wissenschaftlichen Vorarbeiten, vorherige Einigung mit Interessenverbänden), Vordringlichkeit anderer gesetzgeberischer Vorhaben und nicht zuletzt nach Erwägungen politischer Opportunität bemessen¹⁾; jedoch wird eine Überdehnung des Erfüllungszeitpunktes nur in besonders eklatanten Fällen anzunehmen sein, da es dem Gesetzgeber auf der einen Seite weitgehend überlassen bleiben muß, wann er den Zeitpunkt für die Ausführung eines Verfassungsbefehls für gekommen hält, er sich aber auf der anderen Seite den Sachzwängen unterschiedlichster Natur nicht immer entziehen kann, die eine Ausführung hinauszögern. Daß der Gesetzgeber den Erfüllungszeitpunkt überschritten hat, wurde deshalb auch erst einmal vom Bundesverfassungsgericht²⁾ im Falle des Art.6 Abs.5 GG festgestellt; er dürfte sich aber auch z.B. bei der Erfüllung des Verfassungsbefehls aus Art. 21 Abs.3 GG durch das Parteiengesetz vom 24.7.1967 (BGBl.I S.773) in einem kritischen Bereich hinsichtlich des Erfüllungszeitraums befunden haben, ohne daß es hierüber allerdings zu einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht gekommen wäre³⁾.

2. Unbedingte, implizite Verfassungsbefehle

Schwerer erschließt sich die Bedeutung der Verfassungsnormen, die Gesetzgebungspflichten im Sinne von Ver-

1) Vgl. hierzu auch Denninger, JZ 1966,772

2) BVerfGE 25,167; vgl.hierzu bereits oben S.36 Fußn.1

3) Vgl.hierzu Scheuner, Parteiengesetz und Verfassungsrecht, in: DÖV 1968,88, wonach mit dem Parteiengesetz ein schwieriges Thema der Gesetzgebung "durch lange Jahre hindurch ... auf eine Lösung warten mußte"; desgl. spricht auch Leibholz, Zum Parteiengesetz von 1967, in: Festschrift für Adolf Arndt, S.179 ff. (181) vom "endlich" erlassenen Gesetz.

fassungsbefehlen in zwar unbedingter, aber nicht imperativischer Form begründen, die sich also vom Wortlaut her entweder neutral oder als reine Kann-Vorschriften darstellen.

Obwohl diese Art der Verfassungsbefehle nicht "explizit", d.h. nicht imperativisch formuliert und größtenteils außerhalb der Grundrechte im organisatorischen Teil des Grundgesetzes angesiedelt ist, hält Denninger¹⁾ richtigerweise einen Umkehrschluß aus dem Grundsatz der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte gem. Art.1 Abs.3 GG für falsch, der dahin ginge, einen Verfassungsbefehl außerhalb des Grundrechtsbereiches, vor allem also im organisatorischen Teil "überall dort zu verneinen, wo er grammatikalisch nicht besonders kenntlich gemacht werde". So besteht auch allgemein kein Zweifel darüber, daß z.B. Art.95 1 GG a.F.²⁾ ("... errichtet der Bund ...") oder Art.117 Abs.1 GG ("Das dem Artikel3 Abs.2 entgegenstehende Recht bleibt b i s z u s e i n e r A n p a s s u n g³⁾ an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31.März 1953") unbedingte, allerdings implizite Verfassungsbefehle darstellen, obwohl in diesen Bestimmungen nirgends ein ausdrücklicher Befehl auftaucht⁴⁾. Im letzteren Fall ist darüber hinaus auch nach Ablauf der Frist des 31.3.1953 zu keinem Zeitpunkt ein Zweifel darüber aufgetaucht, daß der Gesetzgeber auch danach noch gem. Art.3 Abs.2 in Verbindung mit Art.117 Abs.1 GG

-
- 1) Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, JZ 1966, S.767 ff. (768)
 - 2) Art.95 Abs.1 GG a.F. ist durch das verfassungsändernde Gesetz vom 18.6.1968 (BGBl.I S.657) geändert worden; jedoch hat sich dadurch an seiner Qualifikation im hier erörterten Sinn nichts geändert.
 - 3) Hervorhebung vom Verfasser
 - 4) Denninger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, S.768

verpflichtet war, die einschlägigen Rechtsgebiete aus rechts- und sozialstaatlichen Gründen den Erfordernissen der Gleichberechtigung von Mann und Frau anzupassen, obwohl Art.3 Abs.2 GG mit Ablauf dieser Frist unmittelbar anwendbares Recht geworden war¹⁾. Denn dadurch war lediglich altes, Art.3 Abs.2 GG widersprechendes Recht derogiert und mußte von den Gerichten nicht angewendet werden; hingegen blieb hiervon die Notwendigkeit einer vollständigen Neufassung ganzer Rechtsgebiete (z.B. des Familienrechts im Hinblick auf Art.3 Abs.2 GG, oder des Erbrechts im Hinblick auf Art.6 Abs.5 GG) unberührt und dem Gesetzgeber weiterhin aufgegeben²⁾.

Unbedingte, implizite Verfassungsbefehle, d.h. solche Anweisungen, die zwar indikativisch formuliert sind, aber in Wirklichkeit dem Gesetzgeber in impliziter Form unbedingte Verfassungsbefehle zum Tätigwerden erteilen³⁾, tragen dem Umstand Rechnung, daß der Verfassungsgeber zwar das Bild eines bereits vollständig konstituierten Gemeinwesens vorgezeichnet hat, das sich aber erst in der Zukunft verfassungsgemäß vollenden kann⁴⁾. Insofern hat der Verfassungsgeber der Möglichkeit und Notwendigkeit normativer Wandlungen der Verfassung und einer Änderung der tatsächlichen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse Rechnung getragen, als er zur Verstärkung der Verfassungs-Kontinuität nicht nur Verfassungsbefehle zur Bewältigung von konkreten, im Zeitpunkt der Verfassungsgebung anstehenden Aufgaben expliziert, sondern auch eine Wandlung der Fakten impliziert hat, die eine auf Beständigkeit ausgerichtete

1) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.117 GG Rdnr.4 ff.

2) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.3 Abs.1 GG Rdnr.371

3) Denninger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, in: JZ 1966,768

4) Denninger, aaO., S.768

Verfassung mit erfassen muß, soll sie nicht an sich ändernden Fakten zerbrechen; denn das "Bild eines bereits vollständig konstituierten Gemeinwesens" läßt sich nicht auf den Zeitpunkt der Verfassungsentstehung fest-schreiben; vielmehr muß der ursprüngliche Verfassungsinhalt entsprechend den Grundsätzen rechtsstaatlicher Verfassungsauslegung¹⁾ mit den geänderten faktischen Gegebenheiten in Einklang gebracht werden, wenn die Verfassung nicht ihre normative Kraft einbüßen soll²⁾. Ihrem Wesen nach sind diese impliziten Verfassungsbefehle grundsätzlich unbefristet. Jedoch ist auch bei ihnen eine Aktualisierung aufgrund eines zu langen gesetzgeberischen Untätigbleibens denkbar³⁾.

Wie die unbedingten, expliziten Verfassungsbefehle stellen auch die unbedingten, impliziten Verfassungsbefehle eine Rechtspflicht zum Handeln fest und verpflichten den Gesetzgeber unbedingt zum Erlass eines oder mehrerer Gesetze⁴⁾; sie belassen ihm also keine Entscheidungsfreiheit darüber, ob er die angesprochenen Regelungsbereiche überhaupt normieren will oder nicht. Nur bei der materiellen Inhaltsgestaltung der zu erlassenden Regelung bleibt dem Gesetzgeber im Rahmen der bereits durch die verpflichtende Verfassungsnorm vorgegebenen Richtpunkte sowie im Rahmen der Gesamtverfassung grundsätzlich seine inhaltliche Gestaltungsfreiheit erhalten⁵⁾.

1) Denninger, aaO., S.768

2) Vgl. hierzu Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S.11 f., 15

3) Vgl. hierzu oben S.36 ff. und auch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art.6 Abs.5 GG: BVerfGE 6,257; 10,133; 25,167

4) Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, in: DÖV 1963, S.41 ff. (43)

5) Kalkbrenner, aaO., S.43 f.; vgl. auch Lerche, AÖR 90 (1965), S.355

Die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes können schon wegen ihrer indifferenten sprachlichen Form allenfalls unbedingte, implizite Verfassungsbefehle aussprechen, so daß sich die weitere Untersuchung allein auf diese beschränken kann. Da jedoch für die Konkretisierung unmittelbar verbindlicher Gesetzgebungspflichten in den Kompetenzbestimmungen entsprechend dem Grundsatz der Einheit der Verfassung und der damit in engem Zusammenhang stehenden grundsätzlichen Gleichrangigkeit von Verfassungsbestimmungen nichts anderes gilt als für die Ermittlung unbedingter, impliziter Verfassungsbefehle im Grundrechtsteil, sollen hier zunächst einige Beispielsfälle einer näheren Betrachtung unterzogen werden, die von der Literatur im Zusammenhang mit der Frage unbedingter, impliziter Verfassungsbefehle in Form von indikativisch gefaßten und damit vom Wortlaut her neutralen Bestimmung des Grundgesetzes entweder direkt oder indirekt herangezogen wurden; danach wird auf die Frage der Konkretisierbarkeit unbedingter impliziter Verfassungsbefehle in den Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes einzugehen sein.

§ 4 Unbedingte, implizite Verfassungsbefehle im Grundgesetz

1. Beispiele in der Verfassungsrechtslehre für unbedingte, implizite Verfassungsbefehle
- a) Subventionierungspflicht für private Ersatzschulden aus Art.7 Abs.4 GG als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl

In der Frage der Privatschulfinanzierung hat Link die Auffassung vertreten, daß zwar weder Art.7 Abs.4 GG noch das Sozialstaatsprinzip oder der Gleichheitssatz für sich allein einen unmittelbaren Subventionsanspruch privater Ersatzschulen gegenüber dem Staat begründeten,¹⁾

1) Privatschulfinanzierung und Verfassung, in: JZ 1973, 1ff.

Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip¹⁾ aber Art.7 Abs.4 GG zu einer bindenden Direktive an den Gesetzgeber konkretisierten, die privaten Ersatzschulen als integrierenden Bestandteil des öffentlichen Bildungsangebots durch gesetzliche Maßnahmen zu erhalten. Insofern sei sein Ermessensspielraum "weitgehend auf das **W i e** der Subventionierung reduziert"²⁾. Das heißt aber nichts anderes, als daß sich die Einrichtungsgarantie des Art.7 Abs.4 GG im Zuge eines sich wandelnden Verfassungsverständnisses und unter dem Einfluß faktischer Entwicklungen im schulpolitischen Bereich zum mindesten für die privaten Ersatzschulen zu einem unbedingten, impliziten Verfassungsbefehl zur staatlichen Subventionierung verdichtet hat, der dem Gesetzgeber keinen Spielraum mehr hinsichtlich des "Ob" seines Tätigwerdens beläßt, sondern seinen Ermessensspielraum auf das "Wie" der staatlichen Hilfe reduziert hat³⁾.

- b) Art.5 Abs.1 GG als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl

Auch Lerche scheint einer Sicht des Art.5 Abs.1 GG als einem im grundrechtlichen Bereich angesiedelten, der künftigen verfassungsmäßigen Vollendung harrenden und sich damit erst in der Rechtsgegenwart verdeutlichen- den unbedingten, impliziten Verfassungsbefehl nicht abgeneigt zu sein⁴⁾; zwar bleibt die Frage im Kontext sei-

1) Link, Privatschulfinanzierung, S.6

2) Link, Privatschulfinanzierung, S.7

3) Auch Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S.43 ff. (77 ff.) spricht in diesem Fall von einem ausnahmsweisen "Umschlagen" des Freiheitsrechts in einen "(begrenzten) positiven grundrechtlichen Leistungsanspruch".

4) Die Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern auf dem Gebiet des Presserechts, in: JZ 1972, S.468 ff.

ner Untersuchung berechtigterweise offen¹⁾, jedoch beweist die alternative Untersuchung des Art.5 GG als materielle Kompetenz, nach der dem zuständigen Gesetzgeber durch Art.5 GG nicht nur Schranken gesetzt werden, "sondern aus ihm bei besonderen Umständen auch gewisse eigenständige materielle Ermächtigungen und sogar **V e r p f l i c h t u n g e n**"²⁾ erwachsen können³⁾, daß ein "Muß zur Regelung" unmittelbar aus Art.5 Abs.1 GG in bestimmten Fällen durchaus als denkbar angesehen wird⁴⁾. Diese Feststellung trägt der Erkenntnis Rechnung, daß im Verfassungstext niedergelegte Gewährleistungen einen engen inhaltlichen Bezug zur Frage ihrer Bestandssicherung haben; aufgrund dieser Wechselbeziehung steht hinter der Frage verfassungsrechtlicher Gewährleistungen immer implizit die Frage nach einer unmittelbar verbindlichen Verpflichtung des Gesetzgebers zur Bestandssicherung.

- c) Art.15 GG (Sozialisierung) als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl

Im Zusammenhang mit Art.15 GG, der als reine Kann-Vorschrift nach Aussage des Bundesverfassungsgericht im

1) Lerche, Gesetzgebungskompetenz, S.469

2) Hervorhebung vom Verfasser

3) Lerche, aaO., S.468

4) Die vielfältige und ganz besonders komplexe Problematik der Pressekonzentration mit ihren wirtschaftlichen, aber vor allem Freiheit und Unabhängigkeit der Presse sowie die Informationsfreiheit des Bürgers berührenden Aspekten soll im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht bleiben; gesetzgeberische Rechte oder sogar Pflichten zur Gegensteuerung werfen in diesem Bereich so zahlreiche Spezialprobleme auf, daß sie hier ausgeklammert werden müssen. Beleg hierfür ist nicht zuletzt die anhaltende Diskussion um ein neues Presserechts-Rahmengesetz, die Vorlage immer neuer Referentenentwürfe hierzu, sowie deren ständige Überarbeitung; vgl. auch Lerche, aaO., S.468, passim.

sog. "Volkswagen-Urteil"¹⁾ und in weitgehender Übereinstimmung mit der Literatur²⁾ lediglich eine Ermächtigung zur Sozialisierung darstellt, die ganz der politischen Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleiben müsse, hat Krüger³⁾ die Auffassung vertreten, allein das "Können" des Gesetzgebers besage nicht, daß ihn in keinem Fall eine Handlungspflicht treffe; zwar solle der Gesetzgeber durch die Ermächtigung die Freiheit erhalten, seiner Gesetzgebung für beachtlich gehaltene Gesichtspunkte der verschiedensten Art zugrunde zu legen; von der Verletzung einer dem Gesetzgeber auferlegten Verpflichtung könne aber erst dann die Rede sein, wenn er die durch Art.15 GG ermöglichte Gesetzgebung aus Willkür unterließe⁴⁾.

Damit ist zumindest soviel gesagt, daß der Gesetzgeber unter bestimmten, allerdings außergewöhnlichen Umständen verpflichtet sein kann, beispielsweise aus sozialstaatlichen Gründen bestimmte gesetzgeberische Sozialisierungsakte vorzunehmen, was bedeutet, daß sich auch reine Kann-Vorschriften zu unbedingten, implizierten Verfassungsbefehlen verdichten können, gegen die der Gesetzgeber im Falle willkürlicher Passivität verstoßen würde.

d) Art.74 Nr.16 GG als unbedingter, impliziter Verfassungsbefehl

Auch im Zusammenhang mit der Diskussion über den materiellen Inhalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes ist die Frage nach darin enthaltenen unbedingten,

1) Urteil vom 17.5.1961, BVerfGE 12,354 (363 f.)

2) Für viele z.B. Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.15 GG, Rdnr.4 m.w.N.; neuestens auch Leisner, Der Sozialisierungsartikel als Eigentumsgarantie, in: JZ 1975, 272 ff. (277)

3) Artikel "Sozialisierung" in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.III/1, S.267 ff.

4) Krüger, aa.O., S.308 ff.

impliziten Verfassungsbefehlen bereits angeklungen. So stellt Lerche¹⁾ fest, auch die Kompetenznormen entwickelten zahlreiche "sachliche Programme", die der einfache Gesetzgeber einzubringen und zu bewahren habe. Damit reiht er aber solche Kompetenzbestimmungen unter die von ihm entwickelte Kategorie verbindlicher Programmsätze als Unterfall der Verbindlichen Verfassungsdirektiven²⁾ ein; das bedeutet weiterhin, daß auch er Kompetenzbestimmungen in bestimmten Fällen die Eigenschaften unbedingter, impliziter Verfassungsbefehle beimißt, wenn er z.B. im Falle des Art.74 Nr.16 GG sagt, daß "ausnahmsweise auch bei einer nicht näher umgrenzten Verfassungspflicht zum Tun die gesetzgeberische Passivität evident verfassungswidrig sein und sehr wohl ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen" könne, dies durch das Bundesverfassungsgericht feststellen zu lassen³⁾; damit ist aber zumindest indirekt ausgesprochen, daß auch Verfassungsaufträge "ausnahmsweise" implizite Verfassungsbefehle enthalten können. Wo solche Ausnahmen zu finden sind, bleibt allerdings offen; jedoch würde auch hier sicherlich entsprechend zu gelten haben, was bereits weiter oben im Zusammenhang mit Art.15 GG gesagt wurde⁴⁾: verfassungswidrig wäre die Passivität des Gesetzgebers auch im Hinblick auf die Wahrnehmung ihm übertragener Gesetzgebungskompetenzen, wenn er die durch die Kompetenz ermöglichte Gesetzgebung aus Willkür unterließe⁵⁾.

1) Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, in: AöR 90 (1965), S.341 ff.

2) Lerche, aaO., S.347, siehe auch oben S.30 Fußn.1

3) Lerche, aaO., S.351

4) Siehe oben S.43 f.

5) Vgl. hierzu auch Maunz, Starke und schwache Normen in der Verfassung, S.147

e) Stellungnahme

Diese Beispiele machen deutlich, daß von der Verfassung implizit ausgesprochene Verfassungsbefehle keineswegs auf die Aussagen des Grundrechtsteils beschränkt sind, sondern daß sie infolge des grundsätzlichen Gleichrangs sämtlicher Bestimmungen der Verfassung auch in ihrem organisatorischen Teil und dort insbesondere in Kompetenzbestimmungen enthalten sein können. Die Annahme eines unbedingten, impliziten Verfassungsbefehls an den Gesetzgeber zum Tätigwerden ist also nicht deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil sich die betreffende Verfassungsnorm im organisatorischen Teil des Grundgesetzes befindet. Die Frage ist also nicht, wo derartige Bestimmungen in der Verfassung örtlich angesiedelt sein könnten; die Frage ist vielmehr, inwieweit sie sich inhaltlich konkretisieren lassen.

Dies läßt sich insbesondere am Beispiel des Art.15 GG veranschaulichen: Während eine Gesetzgebungspflicht aus Art.15 GG zwar theoretisch denkbar ist, bleibt eine solche **P f l i c h t** zur Sozialisierung im theoretischen Bereich; denn wie soll in praxi eine Sozialisierungspflicht konstruierbar sein? Die Voraussetzungen hierzu müßten - zumindest im Rahmen des marktwirtschaftlichen Systems, und von diesem soll, als von der Verfassung vorausgesetzt, hier ausgegangen werden - so extrem sein, daß sich das Problem in Wirklichkeit unter marktwirtschaftlichen Aspekten nicht stellen wird, weil keine praktikablen Kriterien für die Annahme entsprechender Gesetzgebungspflichten auffindbar sein werden. Solange der Gesetzgeber daher am marktwirtschaftlichen System festhält, werden Sozialisierungspflichten nicht zu begründen sein.

2. Problem der Konkretisierbarkeit von Gesetzgebungspflichten aus Kompetenzbestimmungen

Anders verhält es sich jedoch im Falle des Art. 74 Nr. 16 GG bzw. der Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 4 GG. Denn für Verfassungsbestimmungen wie die Kompetenzzuweisungen, die allein schon von Inhalt und Zweck her auf ein gesetzgeberisches Tätigwerden hinweisen, oder Einrichtungsgarantien, die gleichzeitig einen Bestandsschutz garantieren, lassen sich ohne Zweifel wesentlich leichter im Wege der Auslegung Kriterien ermitteln, die zu einer Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers hinführen, zumal wenn es Kompetenzzuweisungen sind, die auf "Schutz und Fürsorge" oder "Abwehr von Schäden"¹⁾ hinweisen. Hier wird eine gesetzgeberische Passivität nicht wie im Falle des Art. 15 GG erst dann als ein verfassungswidriges Unterlassen einzustufen sein, wenn sie auf Willkür beruht²⁾; denn eine Passivität des Gesetzgebers wird in diesen Fällen eine Versagung von Schutz oder Unterbleiben von Abwehrmaßnahmen zur Folge haben, wenn z.B. durch "Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung" oder durch die Ansteckung mit "gemeingefährlichen und übertragbaren Krankheiten" Rechtsverletzungen eingetreten sind. In diesen Fällen schlagen Gesetzgebungsrechte ungleich eher in Gesetzgebungspflichten um und gelangt gesetzgeberisches Unterlassen ungleich eher in verfassungswidrige Bereiche. Denn in diesen Fällen werden ganz konkrete Schutzbereiche berührt, deren Schutz dem Staat einmal durch die Grundrechte in ihrer neuerdings anerkannten Ausprägung als Betonung freiheitsverbürgender objektiver Ordnungen und Gebote³⁾, zum anderen aber besonders durch die Verfassungsprinzipien wie das Rechts- oder das Sozialstaatsprinzip aufgegeben ist.

1) Scheuner, Gewährleistungen, S. 231

2) s.o. S. 44

3) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S. 328

Damit wird in besonderem Maße deutlich, daß die Frage nach unbedingten, impliziten Verfassungsbefehlen in Gestalt kompetentieller Gesetzgebungspflichten gleichbedeutend ist mit der Frage nach ihrer Konkretisierbarkeit und daß sich danach nur jeweils im einzelnen Interpretationsvorgang entscheidet, ob Hinweise für den Gesetzgeber zum Handeln in der Verfassung im Sinne einer Staatszielbestimmung als Aufforderung und Richtungsweisung ohne unmittelbare Verbindlichkeit oder im Sinne eines verbindlichen Verfassungsbefehls zu verstehen sind.

Hierüber herrscht allerdings keine Einmütigkeit in der Verfassungsrechtslehre¹⁾. Es ist deshalb erforderlich, sich im folgenden mit der in der Literatur vertretenen Auffassung auseinanderzusetzen, wonach Kompetenzbestimmungen in keinem Fall verbindliche Verfassungsbefehle erteilen können. In diesen Zusammenhang gehören zwei weitere Einwände, mit denen möglicherweise der Versuch unternommen werden könnte, das bisher gefundene Ergebnis in Frage zu stellen; auch ihnen soll bereits hier vorgehend entgegengetreten werden.

§ 5 Thesen und Argumente gegen eine Konkretisierbarkeit von Gesetzgebungspflichten aus Kompetenzbestimmungen

1. These von der materiellen Beschränkung des Gehalts konstitutiver Kompetenzzuweisungen im Sinne von unverbindlichen "Staatszielbestimmungen"

Scheuner vertritt die Ansicht²⁾, auch Kompetenzbestimmungen mit zielgerichteter, dynamisch-progressiver Aus-

1) Vgl. z.B. Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.337 f.

2) Staatszielbestimmungen, S.337 f.

prägung seien nur unter die nach seiner Begriffsbestimmung¹⁾ für den Gesetzgeber zwar orientierenden und richtungsweisenden, nicht aber unmittelbar verbindlichen "Staatszielbestimmungen" einzureihen; damit verneint er zugleich die Möglichkeit, daß sie, zumindest in Ausnahmefällen, den Gesetzgeber seiner Initiativfreiheit hinsichtlich eines Tätigwerdens berauben; denn er betont, daß der Umfang der Bindung politischer Funktionen durch sie nicht überschätzt werden dürfe²⁾ und sie dem Gesetzgeber nur begrenzte Bindungen auferlegten, die gerade im wirtschaftlich-sozialen Bereich "weit hinter den grundrechtlichen Maßstäben" zurückbleiben³⁾. Dies führt konsequenterweise dazu, daß das "Ob" der Kompetenzaus-

1)

- 2) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.339; der Hinweis auf Lerche, AöR 90 (1965), S.355, trifft die Sache insoweit nicht ganz, als dort die Gestaltungs- und Initiativfreiheit des Gesetzgebers gerade nicht im Hinblick auf die Verfassungsaufträge (Lerche: "Programmsätze"), sondern hinsichtlich Verfassungsbefehlen in ihrer Ausprägung als einmaligen Handlungspflichten erörtert wird. Die einschlägigen Bemerkungen Lerches finden sich vielmehr auf S.348, wo im Ergebnis übereinstimmend festgestellt wird, daß die Stellung des Gesetzgebers, der in Freiheit seine Aufgaben bewältigt, durch Verfassungsaufträge im wesentlichen unangetastet bleibt; das gilt aber gerade nicht für Verfassungsbefehle.
- 3) Scheuner, aaO., S.340; man würde hier gerne genaueres hören, nach welchen konkreten Kriterien sich in solchen Fällen Bindungswirkungen des Gesetzgebers bestimmen und worin sie in concreto tatsächlich bestehen. Mit der Feststellung, daß sie "einen gewissen Anhalt" geben, sich der Staat aber "auch im wirtschaftlich-sozialen Bereich gegenüber den pluralen Strömungen eine gewisse Neutralität auferlegen" müsse, mag sich die Bindung des Gesetzgebers bei seiner Tätigkeit beispielsweise an die Sozialstaatsklausel noch einigermaßen beschreiben lassen; für kompetentielle Staatszielbestimmungen, in ihrer teilweise sehr konkreten Begrifflichkeit, erscheint diese Beschreibung aber zu vage und entsprechend konkretisierungsbedürftig.

übung, soweit man sie als Aktualisierung einer Staatszielbestimmung ansieht, nicht dem freien Willen des Gesetzgebers entzogen ist, sondern lediglich nur für das "Wie" einer fakultativen gesetzgeberischen Tätigkeit ein Rahmen gewisser sachlicher Normierungspflichten geschaffen wird, der aber in Anbetracht der für Verfassungsaufträge bestehenden weiten gesetzgeberischen Freiheit diesen mehr oder weniger auf das Verbot gesetzgeberischer Willkür zurückdrängt.

Wenn auch der allgemeinen Ansicht zuzustimmen ist, daß Kompetenzzuweisungen grundsätzlich keine Pflicht des Bundes zur Gesetzgebung begründen¹⁾, so gilt dies eben nur im Grundsatz. Es bedarf daher einer genaueren Betrachtung, ob Kompetenzbestimmungen mit dynamischer Tendenz und mit Zielsetzungen gesetzgeberischer Kompetenzausübung wie Schutz und Fürsorge für bestimmte Lebensbereiche oder Abwehr von Störungen bestimmter politischer, wirtschaftlicher oder sozialer Geschehensabläufe²⁾ im Sinne Scheuners, allein im Bereich der Staatszielbestimmungen angesiedelt sind und damit keinesfalls eine unmittelbare Verbindlichkeit für den Ge-

1) Für viele z.B. Maunz, in: Maunz-Fürig-Herzog, Art. 70 GG Rdnr. 2; Art. 74 GG, Rdnr. 3; Walecki, Die Normsetzungspflicht des Gesetzgebers und ihre Erzwingbarkeit, S. 126 m.w.N.

2) Scheuner, Gewährleistungen, S. 331; hierzu gehört z.B. ebenso die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung (Art. 74 Nr. 1c GG) wie die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser (Art. 74 Nr. 19a GG), der Schutz beim Verkehr mit Lebensmitteln (Art. 74 Nr. 20 GG) wie die Abwehr von Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 4 GG). Vgl. hierzu auch E.F. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 334

setzgeber beinhalten, oder ob sie sich nicht vielmehr unter bestimmten Voraussetzungen zu echten Verfassungsbefehlen "verdichten"¹⁾ können²⁾. Denn genauso wenig wie das Grundgesetz ausdrücklich in den Kompetenzbestimmungen Gesetzgebungspflichten normiert, macht es eine Aussage darüber, daß Kompetenzen prinzipiell keine Gesetzgebungspflichten begründen können, bzw. allenfalls mehr oder weniger verbindliche Hinweise für ein gesetzgeberisches Tätigwerden in Gestalt von "Staatszielbestimmungen" zu geben vermögen; hierüber schweigt es sich vielmehr aus. Gerade darin aber zeigt sich, in wie starkem Maße die Frage verfassungsrechtlicher Gesetzgebungspflichten eine Frage rechtsstaatlicher Verfassungsauslegung ist.

Die Klassifizierung von Kompetenzbestimmungen mit dynamischem Regelungsbereich als Staatszielbestimmungen gibt sich mit einem Teilbereich des Gesamtkomplexes zufrieden; sie begnügt sich damit, daß die inhaltliche Gestaltung einer Materie durch den Gesetzgeber in bestimmte Bahnen gelenkt, sogar teilweise eine ganz konkrete Regelung gefordert wird - aber alles nur für den Fall, daß der Gesetzgeber von sich aus tätig werden will. In diesem Zusammenhang ist auch sicher richtig, daß die Bindung staatlicher Funktionen, d.h. die Freiheit des Gesetzgebers im Bereich der inhaltlichen Gestaltung von Gesetzgebungsmaterien nicht überschätzt

1) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.63

2) Die Frage wird bei Scheuner zwar gestellt (Staatszielbestimmungen, S.335), wobei er sogar speziell Art.74 Nr.16 GG anspricht, jedoch ohne weitere Auseinandersetzung mit der Problematik einer Abgrenzung der Staatszielbestimmungen von Verfassungsbefehlen dahin beantwortet, daß es sich ausnahmslos um Staatszielbestimmungen handelt (S.340).

werden darf¹⁾. Eine ganz andere Frage, die in diesem Zusammenhang nicht außer acht gelassen werden darf, ist hingegen, ob der Gesetzgeber in bestimmten Fällen über den Rahmen solcher relativ begrenzter Bindungen hinaus nicht auch tätig werden muß; sie kann aber sicherlich nicht pauschal positiv oder negativ beantwortet werden, sondern bedarf einer Klärung im Wege der Einzelinterpretation gesondert für jede Kompetenznorm. Jedenfalls verbietet die Verfassung nicht von vornherein die Annahme, daß Kompetenznormen mit dynamischer Komponente über Richtungsweisungen und Aufforderungen im Gestaltungsbe- reich hinaus nicht auch unmittelbar verbindliche gesetz- geberische Handlungspflichten begründen könnten.

2. Konkretisierbarkeit von Gesetzgebungspflichten im Wandel des materiellen Inhalts der Aussagen des Verfassungstextes?

Ein weiterer, in diesem Zusammenhang denkbarer Einwand könnte dahin gehen, daß das gefundene Ergebnis nicht nur im Hinblick auf Art.74 Nr.16 GG, sondern auch für andere in Frage stehende Kompetenzzuweisungen nur von verhältnismäßig theoretischer Bedeutung sei; denn der Gesetzgeber hat von dieser, wie auch von anderen Kompe- tenzzuweisungen, denen sich möglicherweise in Ausnahme- fällen Gesetzgebungspflichten entnehmen lassen, teilwei- se ausgiebig Gebrauch gemacht, zumindest aber in keinem der denkbaren Fälle eine Gesetzgebung ganz unterlassen. Nachdem Bundeskompetenzen aber nach Art.70 Abs.1 GG ei- nem numerus clausus²⁾ unterliegen, könnte weiter einge-

1) So im Ergebnis auch Larenz, Methodenlehre, S.144; danach sollte die Frage, ob ein (offenes) Verfas- sungsprinzip der Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers Grenzen setzt, im Zweifel zugunsten der gesetzgeberischen Freiheit entschieden werden.

2) W.Rudolf, Ermächtigung zur Gesetzgebung, S.164; Hesse, Grundzüge, S.97

wendet werden, daß es damit nicht darauf ankomme, ob Kompetenzzuweisungen auch Gesetzgebungspflichten auferlegen können, da der Gesetzgeber auf allen in Frage stehenden Gebieten tätig geworden sei und damit in jedem Fall einer solchen Gesetzgebungspflicht Genüge getan habe, soweit diese überhaupt bei der geforderten restriktiven Handhabung gegeben gewesen sei. Zugegebenermaßen hat der Bundesgesetzgeber insbesondere von seinem Gesetzgebungsrecht aus Art.74 Nr.16 GG¹⁾ und den meisten anderen Kompetenzbereichen²⁾ mit dynamisch-progressiver Komponente in teilweise so umfassendem Maße Gebrauch gemacht, daß prima facie eine Vernachlässigung möglicherweise bestehender Gesetzgebungspflichten ausgeschlossen erscheint.

Eine solche Argumentation sieht die Problematik jedoch verkürzt auf die derzeitige Verfassungslage. Sie erkennt, daß das gefundene Ergebnis für Art.74 Nr.16 GG, wie auch für andere Kompetenzbestimmungen mit dynamisch-progressiver Tendenz auch eine praktische Bedeutung einmal im Hinblick auf die Frage des Rechtsschutzes gegen verfassungswidriges gesetzgeberisches Unterlassen bzw. gesetzgeberische "Schlechterfüllung"³⁾,

-
- 1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 (BGBl.I S.1081) in der Fassung vom 4.4.1974 (BGF .I, S.869).
 - 2) Vgl.z.B. zu Art.74 Nr.19 GG das "Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen" (Bundes-Seuchengesetz) vom 18.7.1961 (BGBl.I S.1012; BGBl.I S.1300), geändert durch Gesetz vom 23.1.1963 (BGBl.I S.57) oder zu Art.74 Nr.5 das "Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung" vom 6.8.1955 (BGBl.I S.591) oder auch zu Art.74 Nr.11 i.V.m. Art.109 Abs.4 GG das "Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft" (Stabilitäts-Gesetz) vom 8.6.1967 (BGBl.I S.582), geändert durch Art.12 Finanzanpassungsgesetz vom 30.8.1971 (BGBl.I S.1426).
 - 3) Daß zwischen gesetzgeberischer Untätigkeit und Schlechterfüllung zumindest in prozessualer Hinsicht allenfalls ein qualitativer Unterschied besteht, hat vor allem Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfas-

zum anderen aber - und darin liegt das Hauptgewicht - im Hinblick auf die Fortentwicklung der Aussagen des Verfassungstextes¹⁾ hat. In diesem größeren Zusammenhang müssen auch die Kompetenzbestimmungen gesehen werden: auch sie sind dem Wandel der geschichtlichen Entwicklungen und einem sich wandelnden Verfassungsverständnis unterworfen²⁾. Im Zuge einer solchen Entwicklung - die sich derzeit beispielsweise in der zunehmenden Tendenz eines sich immer stärker zum Bürger hin öffnenden Leistungsstaates äußert³⁾ - kann aber eine in Kompetenzgemäßheit erlassene materielle Regelung, die grundrechtlichen Verbürgungen, institutionellen Gewährleistungen und den Grundprinzipien der Verfassung aus heutiger Sicht genügt, durch die Fortgestaltung verfassungsrechtlicher Vorstellungen normativen Wandlungen unterworfen sein, durch die sie hinter dem gewandelten Verfassungsziel zurückbleibt und dem Gesetzgeber ausnahmsweise eine Pflicht zur Anpassung an die gewandelten Verfassungsvorstellungen auferlegt. Denn auch in einem solchen Falle ist ein Verfassungsverstoß denkbar.

Es ist dem Gesetzgeber gestattet, im Bereich komplexer und in ihren Auswirkungen schwer überschaubarer Regelungsbereiche versuchsweise Regelungen vorzunehmen und zunächst deren Auswirkungen zu beobachten, um die so gewonnenen Ergebnisse seinen weiteren Entschlüssen

sungsdirektiven, in: AöR 90 (1965), S.341 ff. (352), hervorgehoben.

- 1) Scheuner, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, in: AöR 95 (1970), S.353 ff. (406)
- 2) Scheuner, Gewährleistungen, S.340 f.; Hesse, Normative Kraft der Verfassung, S.13 f.; ders.: Grundzüge, S.29 f.
- 3) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S.9, passim

zugrunde zu legen¹⁾. Ebenso kann er aber auch verpflichtet sein, aufgrund gewandelter Verfassungsvorstellungen beispielsweise hinsichtlich der Tragweite der Sozialstaatsklausel unabweisbar gewordene gesetzliche Regelungen zu erlassen.

3. Scheinbare Zufälligkeit von Kompetenzzuweisungen als Indiz für ihre materielle Neutralität?

Schließlich könnte argumentiert werden, daß entsprechend der vom Grundgesetzgeber gewählten Systematik der bundesstaatlichen Zuständigkeitsverteilung²⁾ durch die Generalklauseln der Art. 30 und 70 GG in Verbindung mit dem Zuständigkeitskatalog den in Kompetenzzuweisungen dem Bund zugesprochenen Normbereichen eine gewisse Zufälligkeit anhaftet; diese könnte es fraglich erscheinen

-
- 1) BVerfGE 16, 147 (148); ein typischer Fall hierzu ist der vom Bundestag am 14.6.1973 angenommene Entschließungsantrag der Fraktionen von SPD und FDP vom 13.6.1973 (BR-Drucksache 7/778 zu Drucksache 449/73) zur 3. Beratung des Entwurfs des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Drucksache 7/76), wonach der Bundestag die Bundesregierung aufforderte, nach Ablauf von drei Jahren nach Beseitigung der Preisbindung für Markenartikel einen Bericht darüber vorzulegen, welche Erfahrungen mit den Vorschriften über unverbindliche Preisempfehlungen bei Markenwaren (§ 38a GWB) gemacht worden sind. Gegebenenfalls soll dieser Bericht "auch Vorschläge für notwendige Änderungen des Gesetzes enthalten"; vgl. neuerdings auch Seetzen, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, in: NJW 1975, 429 ff., der - wohl zu weitgehend - den Prognosespielraum des Gesetzgebers vor allem bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen für so weit gespannt hält, daß er "praktisch einem Freibrief für Experimente gleichkommt". Siehe hierzu auch Kriele, Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, in: ZRP 1974, S. 105 ff. (110)
- 2) Pestalozza, Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat, in: DÖV 1972, S. 181; Rinck, Zur Abgrenzung und Auslegung der Gesetzgebungskompetenz, in: Festschrift für Gebhard Müller (1970), S. 289 ff.; Hesse, Grundzüge, S. 96 f.

lassen, ob überhaupt eine sachliche Berechtigung besteht, organisatorischen Verfassungssätzen - und sei es auch nur ausnahmsweise - eine solche normative Aussagekraft beizumessen, nur weil sie als Bundeskompetenz mehr oder weniger zufällig detailliert Eingang in den Verfassungstext gefunden haben. Selbst wenn man dieser Prämisse folgen wollte, so würde auch eine gewisse Zufälligkeit detaillierter Kompetenzfestlegungen nichts über den materiellen Inhalt und das normative Gewicht solcher Detaillierungen im Gesamtzusammenhang der Verfassung aussagen können; denn die Verfassung ist kein einheitliches Gebilde, das für alle Fragen eines reibungslosen staatlichen Zusammenwirkens eine konkrete und erschöpfende Antwort bereithält. Es muß vielmehr allen Hinweisen nachgegangen werden, die Aufschluß über irgendeine materielle Aussage der Verfassung zu geben vermögen, auch wenn sie im Gewand von Kompetenzbestimmungen auftreten.

Im übrigen sind aber die Detaillierungen von Normbereichen in den Kompetenzbestimmungen keineswegs so zufällig, wie es scheinen mag. Besonders deutlich wird dies beispielsweise im Falle der Kultur-Kompetenz: wenn das Grundgesetz hierüber nichts aussagt, so sicherlich nicht aufgrund eines Redaktionsversehens; vielmehr hat der Grundgesetzgeber hierzu ganz bewußt geschwiegen, und zwar aus föderativen Gesichtspunkten. In einem anderen Fall aber ist beispielsweise der verfassungsändernde Gesetzgeber tätig geworden und hat dem Bund mit Art.109 Abs.4 GG¹⁾ die Kompetenz zur Abwehr von Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts eingeräumt. Auch hierzu hatte das Grundgesetz bis dahin keineswegs zufällig geschwiegen; vielmehr war ein Bedürfnis für eine solche Bundeskompetenz vom Verfassungsge-

1) Vgl. das 20.Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12.5.1967 (BGBl.I S.357)

setzgeber nicht angenommen worden; als es auftrat, hat ihm der verfassungsändernde Gesetzgeber¹⁾ Rechnung getragen. Damit spricht aber eine Detaillierung in Form einer Bundeskompetenz prima facie gerade nicht für eine materielle Neutralität kraft Zufälligkeit, sondern gerade dafür, daß dort, wo die Verfassung durch eine kompetentielle Detaillierung eine positive Aussage macht, ein Normbereich von erhöhter Bedeutung zu vermuten ist, womit allerdings über den tatsächlichen materiellen Inhalt noch nicht entschieden ist²⁾.

Auch dieses Gegenargument wäre daher nicht geeignet, die hier gewonnene Erkenntnis in Frage zu stellen oder gar zu widerlegen, daß auch Kompetenzbestimmungen grundsätzlich unbedingte, implizite Verfassungsbefehle zu erteilen vermögen.

4. Stellungnahme

An diesem Punkt der Untersuchung läßt sich zunächst feststellen, daß Verfassungsbefehle mit unmittelbarer Bindung des Gesetzgebers nicht in jedem Fall explizit in eine imperativische Form gekleidet sein müssen; vielmehr kennt das Grundgesetz eine Reihe von Bestim-

-
- 1) Zur dogmatischen Dreiteilung zwischen verfassungsgebender, verfassungsändernder und gesetzgebender Gewalt: Zeidler, Die Unverbrüchlichkeit der Grundrechte, in: DVBl. 1950, 598
 - 2) So deutet z.B. Scheuner, Gewährleistungen, S.327, die Zuweisung der Bergbahnen an den Landesgesetzgeber in Art.74 Nr.23 GG zutreffend dahin, daß es sich hier nur um die Erwähnung faktischer Gegebenheiten handelt und darin keine materielle Aussage hinsichtlich einer Bestandssicherung oder Ausgestaltung des Bergbahnwesens gesehen werden kann; in diesem Fall kommt der positiven Detaillierung also keinerlei normative Bedeutung zu; ähnliches dürfte im übrigen z.B. für das "privatrechtliche Versicherungswesen" in Art.74 Nr.11 gelten.

mungen, die dem Gesetzgeber trotz ihrer differenziierten äußeren Gestalt unumstritten unbedingte, implizite Verfassungsbefehle erteilen. Solche impliziten Verfassungsbefehle können sich auch aus reinen Kann-Vorschriften ergeben, wie sich auch kein stichhaltiges Argument dagegen finden läßt, daß sie grundsätzlich auch in Kompetenzbestimmungen enthalten sein können; ein Nicht-Tätigwerden des Gesetzgebers kann dann verfassungswidrig sein.

Dabei wird es zunächst auf die von Lerche¹⁾ wohl vor allem im Zusammenhang mit der von ihm erörterten prozessualen Fragestellung genannte Voraussetzung einer "evidenten" Verfassungswidrigkeit der gesetzgeberischen Passivität nicht ankommen. Denn die Frage, ob eine Verfassungswidrigkeit evident²⁾ ist oder nicht, kann hier außer Betracht bleiben; die Verfassungswidrigkeit gesetzgeberischer Passivität wird nicht dadurch "verfassungswidriger", daß sie evident ist.

Zuzustimmen ist Lerche³⁾ hingegen in seiner Annahme, daß gesetzgeberische Passivität vor allem bei einer nicht näher umgrenzten Verfassungspflicht zum Tun nur ausnahmsweise verfassungswidrig sein wird; und dies deshalb, weil bereits unbedingte und explizite Verfassungsbefehle des Grundgesetzes Ausnahmen vom Grundsatz der gesetzgeberischen Initiativfreiheit darstellen, die im wesentlich geringerem Umfang als die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit für den Fall seines Tätigwerdens

1) AöR 90 (1965), S.351

2) Es erhebt sich hier überhaupt die Frage, ob diese Anleihe an verwaltungsrechtlichen Begriffsvorstellungen im verfassungsrechtlichen Raum vergleichbare Sachverhalte zu treffen vermag; denn für die Rechtsgeseite eines Verfassungsverstößes ist eine Differenzierung in dem Sinn, ob der Verstoß evident ist oder nicht, allein begrifflich nicht möglich.

3) AöR 90 (1965), S.351

grundsätzlichen Bindungen unterliegt. Verfassungsnormen, die zwar inhaltlich auf eine gesetzgeberische Aktivität gerichtet sind und als solche in erster Linie ohne imperativische Ausformung Gesetzgebungsrechte im Rahmen der Initiativfreiheit des Gesetzgebers darstellen, sind daher um so mehr im Hinblick darauf restriktiv auszulegen, ob ein Untätigbleiben des Gesetzgebers gegen anderweitiges Verfassungsrecht verstoßen würde. Nur in besonders gelagerten Fällen können daher solche verfassungsrechtlichen Kann-Vorschriften und damit auch Kompetenzvorschriften unbedingte, implizite Verfassungsbefehle erteilen.

Hingegen wäre der Verdichtungsraum von Verfassungsbeehlen zu eng gesteckt, wollte man ihn allein am Kriterium der Willkürlichkeit der gesetzgeberischen Untätigkeit messen. Der Begriff des Willkürverbots ist vielmehr aus dem zu engen Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz zu lösen, in dem er teilweise gesehen wird¹⁾ und in dem sich eine Gesetzgebungspflicht letztlich nur herleiten ließe, um dadurch eine willkürliche Ungleichbehandlung durch eine bereits getroffene gesetzliche Regelung zu beseitigen. Der Grundsatz des Willkürverbots muß vielmehr in seiner richtigen Dimension als unmittelbarer Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips²⁾ und des Prinzips allgemeiner Gerechtigkeit³⁾ gesehen werden, die damit gleichfalls zum Maßstab für die Wahrnehmung

1) Zu eng z.B. Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.18 GG, Rdnr.75; ebenso Maunz aaO., Art.20 GG, Rdnr.118

2) Zu diesem allgemeinen Zusammenhang z.B. BVerfGE 21, 372; zur umfangreichen Rechtsprechung zum Willkürverbot und zum Gleichheitssatz vor allem H.F.Zacher, Soziale Gleichheit, in: AöR 93 (1968), S.341 ff.; ebenso Hamann-Lenz, Grundgesetz, Art.3 Anm.B 4 c,cc (S.161) mit Nachweisen; vgl. auch Hesse, Grundzüge, S.83

3) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum GG, Art.3, Rdnr.2

gesetzgeberischer Handlungspflichten werden. Darüber hinaus gebietet aber der Grundsatz der Einheit der Verfassung und die Erkenntnis, daß jede Norm mit Blick auf den Gesamtzusammenhang der Verfassung hin auszulegen ist¹⁾, daß es für die Ermittlung impliziter Verfassungsbefehle gerade auch die Grundsatznormen der Verfassung sind, die herangezogen werden müssen. Der Spielraum gesetzgeberischer Initiativfreiheit muß sich daher ganz allgemein an der Gesamtverfassung, d.h. an den Staatszweckbestimmungen, den Verfassungsprinzipien sowie auch an den Grundrechten messen lassen, soweit sie, über ihre subjektiv-rechtliche Abwehrfunktion für den einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen hinaus, im Zuge eines materialen Verfassungsverständnisses immer mehr als Grundlage der sozialen Ordnung und als allgemeine Rechtsaussage objektiver Art angesehen werden²⁾ und damit auch eine immer stärkere Wirkung in Richtung auf gesetzgeberische Handlungspflichten entwickeln.

Es liegt auf der Hand, daß es sich hier um Verdichtungsräume handelt, in denen Verfassungsaufträge und Verfassungsbefehle teilweise ineinander übergehen und von Fall zu Fall durch eine Analyse der Einzelvorschrift voneinander abgegrenzt werden müssen; dabei werden sie zumindest in ihren jeweiligen Randbereichen nur selten klar voneinander zu trennen sein. Schon daraus ergibt sich, daß bei der Annahme unmittelbar den Gesetzgeber verpflichtender Verfassungsbefehle aufgrund nicht unmittel-

1) Für viele z.B. Ehmke, Prinzipien, S.77; Pestalozza, Garantiegehalt, S.180; Hesse, Grundzüge, S.28

2) Auf diese Tendenz der neueren Verfassungslehre macht vor allem Scheuner, Gewährleistungen und Fakten im Verfassungstext, S.324, aufmerksam; im gleichen Sinne auch Hesse, Grundzüge, S.124, wie z.B. auch BVerfGE 24,367 (389); 25,258 (268)

bar imperativischer Verfassungsnormen¹⁾ Zurückhaltung am Platze ist. Da Verpflichtungen des Gesetzgebers zum Tätigwerden zudem eine Ausnahme vom Grundsatz der gesetzgeberischen Initiativfreiheit darstellen²⁾, ist dies ein weiterer Grund, die in Frage stehenden Verfassungsnormen grundsätzlich restriktiv etwa in dem Sinne auszulegen, daß eine widerlegbare Vermutung für die Initiativfreiheit des Gesetzgebers und gegen die Annahme eines unbedingten, impliziten Verfassungsbefehls zum Tätigwerden spricht.

Darüber hinaus ist aber eine weitere Voraussetzung für die ausnahmsweise Annahme von Verfassungsbefehlen im hier definierten Sinn im kompetentiellen Bereich, daß Regelungsbereich und Regelungsziel der jeweiligen Kompetenz in der Verfassung eine so konkrete oder zumindest im Wege der Auslegung konkretisierbare inhaltliche Festlegung erhalten haben, daß sie in einem einmaligen Gesetzgebungsakt oder zumindest in schrittweise überschaubaren Gesetzeserlassen erfüllbar erscheinen. Diese Voraussetzung scheint beispielsweise - zunächst einmal nur verkürzt auf eine grammatische Interpretation und ohne Vorgriff auf ein endgültiges Ergebnis der Einzelauslegung - in Bestimmungen wie Art.74 Nr.16 GG ("Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung"), Art.74 Nr.17 GG (in der Teilaussage "Sicherung der Ernährung") oder Art.74 Nr.19 GG (in der Teilaussage "Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen") gegeben zu sein, nicht aber beispielsweise in einer so allgemeinen Formulierung wie Art.74 Nr.11 GG ("Recht der Wirtschaft").

1) S.o. S.39 f.

2) S.o. S.28 f.

Damit ist der Begriff unbedingter, impliziter Verfassungsbefehle im Sinne von Initiativpflichten des Gesetzgebers qualitativ erfaßt. Da es jedoch eine abstrakte, inhaltlich unbestimmte Handlungspflicht nicht geben kann¹⁾, müssen gesetzgeberischen Initiativpflichten begriffsnotwendig inhaltliche Gestaltungspflichten gegenüberstehen. Dieser Frage der quantitativen Erfassung inhaltlicher Gestaltungspflichten aufgrund unbedingter, impliziter Verfassungsbefehle wendet sich die Untersuchung nunmehr zu.

§ 6 Inhaltliche Gestaltungspflichten des Gesetzgebers im Rahmen unbedingter, impliziter Verfassungsbefehle

1. Konkretisierbarkeit inhaltlicher Gestaltungspflichten bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verfassungstext

Die Konkretisierung inhaltlicher Gestaltungspflichten macht dort keine Schwierigkeiten, wo Verfassungsbefehle die in ihnen enthaltenen Gestaltungspflichten bereits selbst inhaltlich abgrenzen; besonders deutlich wird dies beispielsweise an Art.21 Abs.1 Satz 1 GG, wo festgelegt wird, "was" durch Bundesgesetz näher zu regeln ist, nämlich die "innere Ordnung" der Parteien und "wie" diese innere Ordnung näher zu regeln ist, nämlich nach "demokratischen Grundsätzen"²⁾. Hier handelt es sich je-

1) Denninger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, JZ 1966, S.767 ff. (768)

2) Vgl. hierzu z.B. §§ 8 ff., 15, 17 Parteiengesetz vom 24.7.1967 (BGBl.I S.773), i.d.F. vom 22.7.1969 (BGBl.I S.925), die den im Verfassungsbefehl des Art.21 Abs.1 Satz 3 GG unmittelbar enthaltenen Anweisungen für die inhaltliche Gestaltung des Ausführungsgesetzes Rechnung tragen; ausführlich dazu Wienholtz, Normative Verfassung und Gesetzgebung, S.67 ff.

doch um eine Ausnahme; dem Wesen der Verfassung als der rechtlichen Grundordnung des Gemeinwesens¹⁾ und als auf weiten Gebieten politischem Recht²⁾ entspricht es nämlich, daß sie zur Erhaltung ihrer Elastizität weite Formulierungen gebraucht und sich nicht selbst durch allzu enge Begriffsbestimmungen starre Selbstbindungen auf Kosten ihrer aktuellen Normativität auferlegen darf³⁾; sie bedient sich daher auch bei der Bestimmung verfassungsrechtlicher Regelungsmerkmale für den einfachen Gesetzgeber vorwiegend unbestimmter Rechtsbegriffe⁴⁾, deren nähere Bestimmung sie ihm im Wege der Realdefinition⁵⁾ überläßt. Dabei verbleibt dem einfachen Gesetzgeber in den begrifflichen Grenzbereichen jedoch ein gewisser "Beurteilungsspielraum", in dem er im Wege der Realdefinition des unbestimmten Begriffs nicht zu schließende Lücken durch eine der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogene gesetzliche Abgrenzung schließen

1) Hesse, Grundzüge, S.11

2) Scheuner, DVBl. 1952, 293 (296); Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.65; H.Krüger, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festgabe für Smend (1962), S.158

3) Krüger, Verfassungswandlung, S.153

4) Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, in: AÖR 82 (1957), S.166

5) Zur Unterscheidung "definitorischer" Rechtssätze, d.h. Legaldefinitionen und "ausfüllender" Rechtssätze, d.h. Realdefinitionen vgl. Larenz, Methodenlehre, S.194 f.; das GG kennt keine Bestimmung, in der dem einfachen Gesetzgeber das Recht übertragen wäre, im Wege der Legaldefinition unbestimmte Verfassungsbegriffe festzulegen, d.h. also in Vertretung des Verfassungsgebers und damit außerhalb verfassungsgerichtlicher Kontrolle zu bestimmen. Das GG beschränkt den einfachen Gesetzgeber vielmehr auf Realdefinitionen seiner unbestimmten Rechtsbegriffe in dem Sinne, daß er nur erklären, wiedergeben, nicht aber definitiv normieren kann, was unter dem verfassungsrechtlichen Begriff zu verstehen sei.

kann¹⁾. Bezogen auf Art.74 Nr.16 GG bedeutet dies beispielsweise, daß der Bundesgesetzgeber nicht im Wege der Legaldefinition bestimmen kann, was unter "Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung" zu verstehen ist, sondern daß er darauf beschränkt ist, Tatbestände zu normieren, die seines Erachtens einen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung darstellen²⁾ und die in vollem Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterliegen.

2. Unbestimmter Rechtsbegriff und Regelungsziel

Auf der anderen Seite bietet die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe dem Gesetzgeber aber auch die Mög-

-
- 1) So im Ergebnis BVerfGE 9,305 (330); zum Begriff des unbestimmten Rechtsbegriffs, Ermessens- und Beurteilungsspielraum im Bereich des Verwaltungsrechts grundlegend Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, S.97 ff.; weiterhin vor allem B.Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, in: AöR 82 (1957), S.211 ff. (221); die dort für Beurteilungsspielraum und Ermessen der Verwaltungsbehörde bei der Handhabung unbestimmter Gesetzesbegriffe dargelegten Grundsätze für das Verhältnis der Verwaltung zum einfachen Gesetz, lassen sich ohne weiteres auf die Handhabung von Beurteilungsspielraum und gesetzgeberischer Freiheit durch den einfachen Gesetzgeber in bezug auf unbestimmte Verfassungsbegriffe in Verfassungsbefehlen anwenden; unbestimmte Rechtsbegriffe belassen demnach dort einen Beurteilungsspielraum, wo eine inhaltliche Ausfüllung des Begriffs im Wege der Auslegung nicht möglich ist, so daß dem einfachen Gesetzgeber in diesem Bereich ein Recht zur Lückenausfüllung zusteht; die gesetzgeberische Freiheit hingegen erlaubt es dem Gesetzgeber, ein Gesetzgebungsziel auf diesem oder einem anderen Weg anzusteuern, gibt ihm die Wahl zwischen mehreren richtigen Regelungsmöglichkeiten.
 - 2) Im Ergebnis übereinstimmend in neuerer Zeit auch Schmidt-Eichstaedt, Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, in: AöR 98 (1973), S.173 ff.(194), der aber letztlich die Begriffe nur variiert, wenn er sie "Begriffsausfüllungsermessen" und "Tatbestandsfeststellungsermessen" nennt.

lichkeit, bei der Erreichung des Regelungsziels nicht auf eine einzige Regelungsmöglichkeit angewiesen zu sein, sondern die Wahl zwischen mehreren Regelungswegen zu haben. So verblieb dem Bundesgesetzgeber beispielsweise in Art.38 Abs.1 GG ein weiter gesetzgeberischer Freiheitsraum für die Gestaltung des Wahlrechts, da das Grundgesetz selbst u.a. kein Wahlsystem festgelegt hat und insofern die Wahlrechtsgrundsätze des Art.38 Abs.1 Satz 1 GG nur einen Rahmen bildeten, den der Bundesgesetzgeber bei der Konzipierung eines Wahlgesetzes weitgehend nach seinem "Ermessen" ausfüllen konnte¹⁾. Auch im Falle des Art.74 Nr.16 GG ist dem Gesetzgeber weitgehend freigestellt, auf welchem Wege er den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung zu verhüten gedenkt; hier wie in allen anderen denkbaren Fällen einer gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit bleibt ein weiterer Raum für Zweckmäßigkeitserwägungen wie auch für politisch motivierte Entscheidungen des Gesetzgebers²⁾. Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit und der Freiheit bei der Zielverwirklichung steckt die Gesamtverfassung, die er im Auge behalten muß.

3. Zwischenergebnis

Soweit die Verfassung inhaltliche Gestaltungspflichten nicht selbst abgrenzt, sondern sich zur Umschreibung bestimmter, vom Gesetzgeber zu verwirklichender Regelungsziele unbestimmter Rechtsbegriffe bedient, überläßt sie es dem Gesetzgeber, selbst das Regelungsziel im Wege der Realdefinition näher zu bestimmen; dies ist bei un-

1) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.38 GG, RdNr.36; zu den Bedenken hinsichtlich einer Verwendung des Ermessensbegriffs in diesem Zusammenhang Lerche, AöR 90 (1965), S.343 f.; vgl. auch BVerfGE 3,19 (24) in bezug auf Art.38 GG; im Ergebnis ebenfalls Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.38 GG RdNr.1

2) Vgl. neuestens auch Bullinger, Ermessen und Beurteilungsspielraum, in: NJW 1974, 769 ff.

bedingten, impliziten Verfassungssystemen regelmäßig der Fall. Der Gesetzgeber ist dabei aber nur hinsichtlich des Regelungsziels festgelegt, während ihm bei der Wahl der Mittel zur Zielerreichung ein weiter Ermessensspielraum verbleibt, dessen Grenzen die Gesamtverfassung steckt. Daraus ergibt sich, daß auch inhaltliche Gestaltungspflichten jeweils im Einzelfall im Wege der Verfassungsinterpretation ermittelt werden müssen.

§ 7 Zusammenfassung

Die im Rahmen des föderativen Staatsaufbaus getroffenen Zuweisungen von Gesetzgebungszuständigkeiten an Bund und Länder haben eine formelle "äußere" und eine materielle "innere" Struktur.

Die formelle Bedeutung von Zuständigkeitszuweisungen besteht darin, daß sie einen Regelungsgegenstand und sein Regelungsorgan organisatorisch zueinander in Beziehung setzen und damit eine vertikale Ordnungsfunktion zwischen Bund und Ländern wahrnehmen.

Materiell ist jede Zuständigkeitszuweisung auch eine Kompetenzzuweisung, da sie dem jeweils formell zuständigen Gesetzgeber materiell die Aufgabe überträgt und gleichzeitig die erforderliche Staatsgewalt verleiht, im Rahmen der Verfassung den angesprochenen Regelungsbereich zu normieren, wie dies der Gesetzgeber aus dem Sinnzusammenhang der Gesamt-Verfassung für erforderlich hält. Diese ersten inneren Strukturmerkmale von Kompetenzzuweisungen wurden als ihre "horizontale Aufgaben- und Gewaltzuweisungsfunktion" bezeichnet.

Soweit sich die Regelungsbereiche von Kompetenzbestimmungen mit den Schutzbereichen von Grundrechten oder anderen materiellen Aussagen der Verfassung decken oder überschneiden, kommt ihnen insoweit lediglich deklaratorische

torische Bedeutung zu und erschöpft sich ihr materiel-
ler Gehalt in den beiden vorgenannten Funktionen. Wo
dies jedoch nicht der Fall ist und die Kompetenz den
Regelungsbereich selbst mit konstitutiver Wirkung fest-
stellt, wird der Regelungsgegenstand unmittelbar durch
die Kompetenz legitimiert und in seinem Begriffskern
garantiert; diese beiden Merkmale der inneren Struktur
konstitutiver Kompetenzbestimmungen wurden als ihre
"Legitimations- und Garantiefunktion" bezeichnet.

Darüber hinaus können konstitutive Kompetenzzuweisungen
des Grundgesetzes aber in Ausnahmefällen auch eine "Obliga-
tionsfunktion" in dem Sinne ausüben, daß sie eine
Entscheidung hinsichtlich des "Ob" eines gesetzgeberi-
schen Tätigwerdens treffen und eine Gesetzgebungs -
pflicht im Sinne eines unmittelbar verbindlichen Ver-
fassungsbefehls auferlegen; derartige Gesetzgebungspflich-
ten treten im äußeren Gewand unbedingter, impliziter
Verfassungsbefehle auf und sind für jede in Frage stehen-
de konstitutive Kompetenzbestimmung gesondert im Wege
der Einzelinterpretation und unter Anlegung eines engen
Auslegungsmaßstabes zu ermitteln. Da die Verfassung für
ihre Festlegungen in weitem Umfang unbestimmte Rechtsbe-
griffe verwendet und Kompetenzen ohne Ausnahme keine
imperativischen Verfassungsnormen sind, kommt ihnen eine
Obligationsfunktion als Ausnahme vom Grundsatz der Ini-
tiativfreiheit des Gesetzgebers überhaupt nur dort zu,
wo sich einmal der Regelungsbereich im Hinblick auf ein
bestimmtes Regelungsziel konkret bestimmen läßt, und
wo auf der anderen Seite angesichts dieser Konkretisie-
rung im Einzelfall die Initiativfreiheit des Gesetzge-
bers aufgehoben oder temporär begrenzt ist. Wo diese
Voraussetzungen nicht vorliegen, verbleiben auch konsti-
tutive Kompetenzbestimmungen im Bereich von Staatsziel-
bestimmungen, die dem Gesetzgeber zwar Richtpunkte für
sein Handeln geben, ihn aber nicht unmittelbar zur Ge-

setzung verpflichtet.

Damit sind die theoretischen Grundlagen geschaffen,
um nunmehr in konkreter Anwendung auf den Einzelfall
den materiellen Gehalt der Kompetenz aus Art. 74
Nr. 16 GG zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftli-
cher Machtstellung zu ermitteln.

2. Teil: Der materielle Gehalt des Art.74 Nr.16 GG

A. Art.74 Nr.16 GG als Gesetzgebungsrecht

Verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten decken sich begrifflich mit einem Recht zur Gesetzgebung. Jedoch besteht keine Kongruenz zwischen Recht und Pflicht; zumindest läßt sich keinem Verfassungsbefehl die Aussage entnehmen, daß sich das Gesetzgebungsrecht mit der Gesetzgebungspflicht deckt. Vielmehr gehören Gesetzgebungsrecht und Gesetzgebungspflicht verschiedenen Verfassungsschichten an: die Gesetzgebungspflicht ergibt sich als Minimalforderung an eine materielle Regelung aus dem konkreten oder zu konkretisierenden Regelungsbereich; das durch einen Verfassungsbefehl gleichzeitig übertragene Gesetzgebungsrecht¹⁾ weist hingegen über die Gesetzgebungspflicht hinaus und erlaubt dem Adressaten²⁾ im Zusammenhang mit dem angesprochenen Re-

-
- 1) Verfassungsbefehle außerhalb des Zuständigkeitskataloges sind deshalb als Sonderkompetenzen anzusehen, die einmal Handlungspflichten auferlegen, zum anderen aber auch Gesetzgebungsrechte verleihen; vgl. hierzu BVerfGE 7,305 (313) sowie 15,167 (184); ebenso Scheuner, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, in: AöR 95 (1970), S.353 ff.(361); zur Frage der Verfassungsbefehle als "Sonder-Kompetenzen" vgl.auch schon W.Rudolf, Die Ermächtigung der Länder zur Gesetzgebung im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes, in: AöR 88 (1963), S.159 ff. (164 f.).
 - 2) Außer Betracht bleiben kann im vorliegenden Zusammenhang die Auseinandersetzung darüber, wer Adressat eines Verfassungsbefehls ist, wenn dies nicht ausdrücklich daraus hervorgeht; während in Verfassungsbefehlen ohne ausdrücklichen Adressaten teilweise eine ausschließliche Kompetenzzuweisung an den Bund gesehen wird (z.B. Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.71 GG, Rdnr.3, Hamann-Lenz, Art.70 Anm.B 2), werden sie teilweise auch der konkurrierenden Gesetzgebung zugeordnet (z.B. W.Henke, in: Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung 1965), Art.21 Rdnr.69). Soweit sich Gesetzgebungspflichten unmittelbar aus Kompetenzzu-

gelungsbereich auch Normierungen, die über die auferlegte Handlungspflicht hinausgehen; ihr Umfang bestimmt sich - entsprechend den Grundsätzen für die Wahrnehmung einer Kompetenz - danach, was dem Gesetzgeber zweckmäßig oder für eine möglichst lückenlose Durchnormierung eines ganzen Gesetzgebungsbereichs erforderlich erscheint. Bei der Wahrnehmung des Gesetzgebungsrechts hat er sich lediglich in den Grenzen zu halten, die die Gesamtverfassung allgemein gesetzgeberischem Handeln setzt.

Für kompetentielle Handlungspflichten bedeutet dies, daß auch bei ihnen keine Kongruenz zwischen dem primär erteilten Gesetzgebungsrecht und einer in Ausnahmefällen konkretisierbaren Gesetzgebungspflicht vorhanden ist. Auch hier ist die Gesetzgebungspflicht beschränkt auf einen "Regelungskern", um den sich ein "Regelungshof" mit seinen darüber hinausgehenden Gesetzgebungsrechten breitet.

Es erscheint daher methodisch zweckmäßig, bei der Suche nach Gesetzgebungspflichten aus Art.74 Nr.16 GG zunächst den Umfang des Gesetzgebungsrechts zu ermitteln, um erst dann zu untersuchen, in welchem Umfang sich Gesetzgebungsrechte zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung mit Gesetzgebungspflichten decken.

weisungen ergeben, folgt die Gesetzgebungspflicht in bezug auf die Zuständigkeit dem Gesetzgebungsrecht und das Problem stellt sich insofern nicht.

§ 8 Der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG

1. Allgemeine Abgrenzung

Die sprachliche Aussage von Art.74 Nr.16 GG umschreibt seinen Regelungsbereich¹⁾ mit den Begriffen "Verhütung", "Mißbrauch" und "wirtschaftliche Machtstellung". Um beim Begriff der Wirtschaftsmacht zu beginnen, so läßt sich daraus die Aussage gewinnen, daß das Grundgesetz als freiheitlich-demokratische Grundordnung²⁾ in einer pluralistisch strukturierten Gesellschaft³⁾ von der Entstehung wirtschaftlicher Machtpositionen und deren Gebrauch ausgeht⁴⁾ und damit wirtschaftliche Unter- und Überordnungsverhältnisse infolge unterschiedlicher Vermögensverteilung⁵⁾ billigt, zumindest aber toleriert.

Die Verwendung des Wortes "Mißbrauch" mit seinem Unwertgehalt⁶⁾ in direktem Wort- und Sinnzusammenhang mit dem Begriff der "Verhütung" bringt jedoch zum Ausdruck, daß

-
- 1) Zwar auch von materiell-rechtlicher Bedeutung, aber nur als materielle Zuständigkeitszuweisung ist die Aussage, daß der Regelungsbereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes unterliegt; darauf ist im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr einzugehen.
 - 2) Siehe hierzu die Definitionsversuche in BVerfGE 2,1 (12 f.); 5,85 (140), wonach Bestandteil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unter vielem anderen auch das Persönlichkeitsrecht auf freie Entfaltung ist, auf das sich letztlich jede Entstehung wirtschaftlicher Machtpositionen zurückführen läßt.
 - 3) Für viele: R.Herzog, Allgemeine Staatslehre, S.67 ff., insbesondere S.72
 - 4) Herbert Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.21
 - 5) Eine Definition des Begriffs der wirtschaftlichen Machtstellung findet sich bei Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.74 GG, RdNr.92: Es ist die "Überlegenheit des Könnens, Durchsetzens und Herrschens im wirtschaftlichen Bereich", begründet durch "entsprechende materielle Mittel".
 - 6) Nach Maunz, aaO., Art.74 GG RdNr.93, ist Mißbrauch ein "Gebrauch, der vom Normalen, von der Rechtsordnung gebilligten Gebrauch abweicht und eine entartete Machtausübung darstellt".

der Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung von der Verfassung nicht toleriert wird; weiterhin ergibt sich daraus, daß gesetzgeberischen Maßnahmen zur Verhütung im Mißbrauchsbereich wirtschaftlicher Machtausübung von Verfassungen wegen grundsätzlich nichts im Wege steht.

Bei dem Wort "Verhütung" handelt es sich überdies nicht um einen statischen, konservierenden Begriff wie z.B. "Behütung", vielmehr kommt ihm eine dynamische Bedeutung in dem Sinn zu, daß sich "Verhütung" bereits vom Wortsinn her in der Regel nicht in einer einmaligen Maßnahme wie z.B. "Beseitigung" vorhandener Mißstände erschöpfen wird. Die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung verlangt vielmehr eine Aktivität des Gesetzgebers, die sich zwar auch an aktuellen Tatbeständen mißbräuchlicher Ausübung wirtschaftlicher Macht orientieren wird, aber Wirtschaftsmacht einmal in ihrer historischen Bedingtheit, zum anderen in ihren künftigen Mißbrauchstendenzen erkennen muß. Denn es gibt Erscheinungsformen wirtschaftlicher Machtausübung, die sich zunächst noch als legaler Machtgebrauch darstellen, aber entweder latente Neigungen zum Mißbrauch in sich tragen, oder sich gegenüber gegenwärtigen mißbrauchswährenden Normen als immun erweisen.¹⁾ Der Gesetzgeber ist deshalb zu einer permanenten Über-

1) So weist Scholz, Konzentrationskontrolle, S.2 zu Recht darauf hin, daß die Gründe, die zum Erlaß des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3.8.1973 (BGBl. I S.917) und zur Einführung einer vorbeugenden Fusionskontrolle als einem seiner Schwerpunkte geführt haben, einmal im faktischen Vorgang eines sich ständig verstärkenden Konzentrationsprozesses in der deutschen Wirtschaft zu suchen ist, zum anderen aber darin, daß sich die kartellrechtliche Mißbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen wie sie in § 22 GWB a.F. geregelt war, weitgehend als unwirksam erwiesen hatte.

prüfung seiner im Bereich des Art.74 Nr.16 GG getroffenen Maßnahmen angehalten. Damit ergibt bereits der Wortlaut, daß sich in diesem Bereich "Staatszielbestimmung" und "Verfassungsbefehl" eng berühren, ineinandergreifen und überschneiden, und daß die Fälle, in denen sich die gesetzgeberische Freiheit des "Ob" zu einer gesetzgeberischen Initiativpflicht verdichtet, auf einen engen Gesetzgebungsbereich beschränkt bleiben müssen. Gleichzeitig folgt daraus aber auch, daß der Bereich gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit weit über unmittelbar verbindliche Gesetzgebungspflichten aus Art.74 Nr.16 GG hinausweist, die sich in einem in dieser Weise dynamischen und für zukünftige Entwicklungen offen zu haltenden gesetzgeberischen Willensbildungsprozeß auf Minimalerfordernisse reduzieren müssen.

2. Abgrenzung des Regelungsziels

Verfassungsrechtliches Regelungsziel des Art.74 Nr.16 GG ist die Sicherung von Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit in ihren wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen¹⁾. Die wirtschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs besteht in der empirischen Erkenntnis, daß Wettbewerb als eine konkrete Verhaltensform zur Optimierung ökonomischer Leistungen führt; in seiner gesellschaftspolitischen Funktion ist Wettbewerb ein geeignetes Mittel zur Realisierung einer vom Grundgesetz gewährleisteten Wirtschaftsfreiheit²⁾

1) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.24 f. und unten S. 94 ff.

2) Auf die Frage, ob sich die Wirtschaftsfreiheit als grundrechtliche Gewährleistung aus dem Hauptfreiheitsrecht des Art.2 Abs.1 GG oder aus den Einzelgrundrechten herleiten läßt, wird an anderer Stelle noch ausführlich einzugehen sein (vgl. unten S. 94 ff.

und gleichzeitig ihr Ergebnis¹⁾. Das Regelungsziel umfaßt aber nicht den Schutz des Wettbewerbs im Sinne eines "Instituts", sondern nur seiner Funktionen als individuelle wirtschaftliche Freiheitsgewährung und Mittel höchster wirtschaftlicher Leistungsoptimierung; denn das Grundgesetz schreibt kein geschlossenes Wirtschaftssystem fest, in dem der Wettbewerb seinen institutionalisierten Platz hätte, sondern läßt die Frage der Wirtschaftsordnung gerade offen²⁾. Ist es aber nicht der Wettbewerb als Institut, den es zu schützen gilt, sondern sind es nur seine realen Wirkungen, so kann der Gesetzgeber diese Schutzgüter einmal dadurch bewahren, daß er präventiv wettbewerbsfeindliche Konzentrationen oder eine sonstige freiheitsbeschränkende wirtschaftliche Machtausübung unterbindet; zum anderen kann er aber auch Repressivmaßnahmen in solchen Fällen ergreifen, in denen sich eine Konzentration bereits wettbewerbsfeindlich auswirkt oder wirtschaftliche Machtbildungen bereits zu Freiheitsbeschränkungen für andere Wirtschaftssubjekte geführt haben.

Die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung bedeutet zwar vom Wortsinn her in weitem Maße Mißbrauchsabwehr in der Bedeutung einer Schutzfunktion. Jedoch läßt das Regelungsziel, Wirtschaftsfreiheit und ökonomische Leistungsoptimierung zu bewahren, nicht nur repressive Regelungen im Mißbrauchsbereich wirtschaftlicher Machtentfaltung zu, die nur im Falle objektiv erfüllter Mißbrauchstatbestände zum Zuge kommen, um "Wirtschaftsstörer" in die Grenzen ihrer eigenen allgemeinen Wirtschaftsfreiheit zurückzuverweisen³⁾; Mißbrauchswehr kann vielmehr auch wirk-

1) Scholz Wirtschaftsaufsicht, S.25

2) Siehe hierzu unten S.89 f.

3) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.135

sam durch präventive Regelungen im Bereich wirtschaftlichen Macht g e b r a u c h s erfolgen, in dem z.B. typischerweise mißbrauchsgeneigte Tätigkeiten vorbeugend in ihrem legalen Bereich unter Aufsicht gestellt oder anderweitig mißbrauchspräventiv geregelt werden. Gerade die Wirtschaftsfreiheit als grundrechtliche Gewährleistung für alle Wirtschaftssubjekte kann durch präventiven Schutz besser gesichert werden als durch repressive Abwehr im Mißbrauchsbereich.

Der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG umfaßt daher in erster Linie Gefahren- und Mißbrauchsabwehr zum Schutz des vom Grundgesetz vorgefundenen und vorausgesetzten, aber nicht geforderten oder geschützten realen Wirtschaftsvorgangs "Wettbewerb" als der besten (derzeit denkbaren) Verwirklichung einer allgemeinen Wirtschaftsfreiheit und wirtschaftlichen Leistungs-optimierung; er beinhaltet die Kompetenz, zum einen bestimmte, als wettbewerbsfeindlich erkannte Gefahren oder Mißbräuche abzuwehren, zum anderen sich aus der Faktizität wirtschaftlicher Entwicklungen ergebende künftige Störungen bereits mit zu berücksichtigen, soweit sie für den Gesetzgeber erkennbar sind. Dieser Schutz vor funktionsstörenden oder funktionshindernden Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch mißbräuchliche Handhabung wirtschaftlicher Macht, d.h. "öffentlich-rechtliche Sicherung gesellschaftsautonomer Wirtschaftsfunktionen"¹⁾, umfaßt zum einen repressive, gefahr- und mißbrauchswehrende Regelungen, die ihren Ansatzpunkt im Mißbrauchsbereich wirtschaftlicher Macht haben (z.B. §§ 25 ff.GWB, Diskriminierungsverbot); zum anderen umfaßt er präventive Regelungen im (legalen) Gebrauchsbereich wirtschaftlicher Macht (z.B. hoheitliche Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen wie im Falle

1) Vgl. umfassend Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.23

marktbeherrschender Unternehmen oder der vorbeugenden Fusionskontrolle, §§ 22 ff. GWB). "Verhütung" bleibt im Regelungsbereich des Art. 74 Nr. 16 GG demnach nicht allein auf freiheitsschützende Mißbrauchsbeseitigung beschränkt (repressive Beseitigung im Mißbrauchsbereich), sondern beinhaltet auch präventive Gebrauchsregelungen (Mißbrauchsvorbeugung im Gebrauchsbereich).

§ 9 Der konstitutive Inhalt von Art. 74 Nr. 16 GG

Vor der Ermittlung des Umfangs der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit und der Suche nach gesetzgeberischen Handlungspflichten aus Art. 74 Nr. 16 GG ist zunächst zu prüfen, inwieweit Art. 74 Nr. 16 GG überhaupt hinsichtlich seines Regelungsbereiches konstitutive Wirkung entfaltet¹⁾, inwieweit also überhaupt eine Kompetenzzuweisung vorliegt²⁾ und nicht lediglich eine (deklaratorische) Zuständigkeitszuweisung.

1. Deckungen und Überschneidungen mit Verfassungsprinzipien

Art. 74 Nr. 16 GG könnte insofern nur anderwärts in der Verfassung getroffene Aussagen in Form einer faktischen Erwähnung wiederholen, als sich der Regelungsbereich

1) S. o. S. 21 ff.

2) Zur grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Kompetenzzermächtigung, die sich danach bestimmt, inwieweit ein Regelungsbereich mit konstitutiver Wirkung festgelegt wird, und Kompetenzausübung, die sich danach bestimmt, inwieweit die (konstitutive) Kompetenzzermächtigung Zielsetzungen und Gewährleistungen der Verfassung zu modifizieren oder einzuschränken in der Lage ist bzw. selbst dadurch bestimmt wird und die sich insofern in Einklang mit der Gesamtverfassung befinden muß, vgl. z. B. BVerfGE 9, 305 (315); 10, 285 (290); 15, 167 (188); 26, 388 (389).

der Kompetenz möglicherweise bereits aus Art.14 Abs.2 oder aus Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 GG herleiten läßt¹⁾; Art.74 Nr.16 GG käme dann nur noch die Funktion einer formellen Zuständigkeitszuteilung zu. Andererseits könnte der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG bereits in einer anderen Zuständigkeitsvorschrift konstitutiv benannt sein, so daß er auch im Hinblick darauf nur noch formell-deklaratorische Bedeutung hätte.

a) Art.14 Abs.2 GG (Sozialbindung des Eigentums)

Art.14 Abs.2 GG schränkt die Eigentumsgarantie in ihrer Ausprägung als Persönlichkeitsrecht²⁾ in Form einer Generalklausel ein; sie setzt der umfassenden individuellen "Gebrauchs- und Verfügungsbefugnis des Eigentümers im Interesse des gemeinen Wohls allgemein geltende Grenzen"³⁾. Zwar wird man den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung als Verstoß gegen die Sozialbindung des Eigentums anzusehen haben⁴⁾; jedoch ergibt sich der materielle Gehalt der Kompetenz zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung nicht aus Art.14 Abs.2 GG als der allgemeinen Grundrechtsbeschränkung, sondern aus Art.74 Nr.16 GG, der zwar Art.14 Abs.2 GG in einem Teilbereich konkretisiert,

1) In diese Richtung zielt offenbar Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.14 GG, Rdnr.25

2) So die allgemeine Auffassung, daß der Regelungsvorbehalt des Art.14 Abs.1 Satz 2 GG in erster Linie die Ausgestaltung des Eigentumsbegriffs als Institutsgarantie betrifft, während Art.14 Abs.2 den Eigentumsbegriff vor allem in seiner persönlichkeitsbezogenen, subjektiven Ausprägung erfaßt. Vgl. hierzu Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.14 GG, Rdnr.47; ebenso: Hesse, Grundzüge, S.178 sowie z.B. auch BVerfGE 14,263 (277); 24,367 (389); 31,229 (239)

3) BVerfGE 20,351 (356)

4) Auf einen Wandel des Eigentumsbegriffs und eine damit verbundene "verstärkte Geltendmachung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums" hat neuerdings auch Sendler, Zum Wandel der Auffassung vom Eigentum, in: DÖV 1974, 73 ff. (76) hingewiesen.

aber eben gerade deshalb als die speziellere Norm die materielle Aussage für diesen Teilbereich trifft. Insofern müssen die vom Bundesverfassungsgericht¹⁾ und der Literatur²⁾ für die Stellung des Art.2 Abs.1 GG zu den Einzelgrundrechten allgemein anerkannten Grundsätze eines lex-generalis/lex-specialis-Verhältnisses³⁾ auch für das Verhältnis zwischen Einzelgrundrechten und deren Beschränkungen sowie anderen materiellen Verfassungsbestimmungen auch außerhalb des Grundrechtskataloges anwendbar sein⁴⁾. Der Regelungsbereich des Art. 74 Nr.16 GG steht damit zwar im Einklang mit dem Grundsatz der Sozialbindung des Eigentums, bezieht aber als eine spezielle Ausprägung desselben seinen materiellen Inhalt nicht aus dem Sozialbindungsgrundsatz, sondern macht selbst eine normative Aussage.

-
- 1) So in ständiger Rechtsprechung BVerGE 4,52; 6,32; 21,227; 23,50; 24,236; 28,243 m.w.N.
 - 2) Für alle: Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.2 Abs.1 GG, Rdnr.6 ff. m.N.; ebenso Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.82
 - 3) Nach heute allgemeiner Auffassung stellt Art.2 Abs.1 GG keine Gewährleistung einer "allgemeinen Handlungsfreiheit" dar, von der die übrigen Grundrechte abgeleitet sind, sondern übt die Funktion eines "Auffanggrundrechts" aus, das als lex generalis dann zurücktritt, wenn ein Freiheitsgehalt durch ein anderes Grundrecht mit einem speziellen Freiheitsbereich überhöht wird (vgl. z.B. BVerfGE 4,57; 6,32; 21,227; 23,50; 24,236; 28,243).
 - 4) Vgl. z.B. BVerfGE 3,240 für das Verhältnis des Art.3 Abs.1 GG zu Art.3 Abs.2 und 3 GG; oder BVerfGE 6,71, wonach der Gleichberechtigungssatz des Art.3 Abs.2 GG und das Diskriminierungsverbot des Art.3 Abs.3 GG als Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art.3 Abs.1 GG und damit als *leges speciales* anzusehen sind; ebenso Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog Art.3 Abs.2 GG Rdnr.4 und Art.3 Abs.3 GG Rdnr.2

b) Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 GG (Sozialstaatsprinzip)

Nicht anders verhält es sich mit dem Verhältnis von Art.74 Nr.16 GG zum Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs.1, 28 Abs.1 GG. Die Sozialstaatsklausel verpflichtet zwar den Staat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen¹⁾, jedoch enthält sie keine fest umrissene, bis in die Einzelheiten entfaltete Aussage²⁾. Eine normative Bindung des Gesetzgebers besteht vor allem im Hinblick darauf, daß Gesetze ganz allgemein dem Sozialstaatsprinzip Rechnung tragen müssen, was ihm sowohl die Bedeutung als Auslegungsgrundsatz wie auch als Richtungsbestimmung für das gesetzgeberische Handeln verleiht³⁾. Wie im Falle des Art.14 Abs.2 GG steht daher die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung auch hier im Einklang mit Inhalt und Zweck der Sozialstaatsklausel, umreißt aber auch hier nur einen kleinen Teilbereich der generellen Norm und gibt ihm seine spezifische Ausprägung. Damit wird aber auch im Falle der Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 GG ein bereits dort in der Verfassung normativ ausgesprochener Regelungsbe-
reich nicht nur nochmals zum Zweck einer formellen Zuständigkeitszuweisung wiederholt, sondern ein konkreter Teilaspekt des Sozialstaatsprinzips gewissermaßen gesondert hervorgehoben und dadurch mit eigener Normativität ausgestattet.

Wenn auch weder der Grundsatz der Sozialbindung des Eigentums noch das Sozialstaatsprinzip der Kompetenzbe-

1) Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Art.20, Anm.12

2) Siecken, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes in Literatur und Rechtsprechung, S.70 ff., 84

3) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S.336 f.

stimmung des Art.74 Nr.16 etwas von ihrem eigenen materiellen Gehalt im Sinne einer Kompetenzzuweisung nehmen, so bleibt davon freilich der Umstand unberührt, daß sowohl Art.14 Abs.2 wie auch Art.20 Abs.1 GG wichtige Interpretationshilfen für die Bestimmung des normativen Gewichts von Art.74 Nr.16 GG zu leisten vermögen¹⁾. Darauf wird weiter unten in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein²⁾.

2. Deckungen und Überschneidungen mit dem Regelungs-
bereich von Art.74 Nr.11 GG (Kompetenz zur Regelung
des Rechts der Wirtschaft)

Begrifflich ist die Kompetenz zur Verhütung des Miß-
brauchs wirtschaftlicher Machtstellung in der Kompe-
tenz zur Regelung des Rechts der Wirtschaft (Art.74
Nr.11 GG) enthalten. Jedoch beinhaltet Art.74 Nr.16 GG
die Konkretisierung eines Teilbereichs aus dem Rege-
lungsbereich des Art.74 Nr.11 GG und geht diesem des-
halb als Spezialnorm vor³⁾. Insoweit entzieht Art.74
Nr.16 dem Art.74 Nr.11 GG im Bereich seines speziellen
Regelungsstandes eine materielle Teilaussage.

Sonstige relevante Berührungen und Überschneidungen
mit anderen Zuständigkeitsbestimmungen sind nicht auf-
findbar.

1) So schon BVerfGE 1,97 (105) im Hinblick auf die
Sozialstaatsklausel; jedoch kann das dort Gesagte
in demselben Umfang auf Art.14 Abs.2 GG Anwendung
finden. Ebenso Scheuner, Staatszielbestimmungen,
S.337

2) S.u. S. 97 ff.

3) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.74 GG Rdnr.93

3. Deckungen und Überschneidungen mit grundrechtlichen Normenbereichen

Neben der Feststellung, daß sich die Kompetenz für den Gesetzgebungsgegenstand des Art.74 Nr.16 GG nicht bereits aus den Generalklauseln des Art.14 Abs.2 GG oder Art.20 Abs.1 GG herleiten läßt, ist entscheidend für ihren konstitutiven Gehalt, inwieweit für den Regelungsbereich Deckungen oder Überschneidungen mit grundrechtlichen Normbereichen feststellbar sind.

Solche Deckungen oder Überschneidungen kompetentieller Regelungsbereiche mit grundrechtlichen Schutzbereichen sind deshalb möglich, weil Grundrechte nicht nur subjektive Abwehrrechte gegen den Staat darstellen, sondern auch teilweise objektive Aussagen über Rechtseinrichtungen machen¹⁾, deren Bestand sie objektiv, d.h. unabhängig von den Rechten des einzelnen im status negativus garantieren²⁾. Deshalb sind die Grundrechte nicht nur negative Kompetenznormen, indem sie staatlicher Tätigkeit Grenzen setzen, sondern auch positive Kompetenznormen³⁾, die dem Staat bestimmte Pflichten zur Realisierung und Erhaltung solcher Rechtseinrichtungen auf-

-
- 1) Z.B. Einrichtungsgarantien wie Ehe und Familie in Art.6 GG (vgl. hierzu auch BVerfGE 6,55); Religionsunterricht und Privatschulen in Art.7; Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis in Art.10; Eigentum und Erbrecht in Art.14; kommunale Selbstverwaltung in Art.28; Bewußt wird in vorliegendem Zusammenhang auf eine Unterscheidung zwischen den Begriffen "Institutsgarantie" und "institutionelle Garantie" und auf eine Auseinandersetzung mit dem derzeitigen Streitstand hierüber verzichtet.
 - 2) Hesse, Grundzüge, S.116; Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, in: DÖV 1971, 505 ff., insbes. 510, 513; ders.: Gewährleistungen, S.324; Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S.103; vgl. hierzu auch BVerfGE 33, 303 (330 ff.).
 - 3) Häberle, aaO., S.103

erlegen können¹⁾.

a) Art.3 Abs.1 GG

Unter den Einzelgrundrechten ist es zunächst Art.3 Abs.1 GG, mit dessen Normbereich Deckungen oder Überschneidungen denkbar sind. Indessen besteht der Schutzbereich des Art.3 Abs.1 GG primär in der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz, richtet sich also gem. Art.1 Abs.3 GG unmittelbar nur an die Staatsgewalt in allen ihren Erscheinungsformen²⁾. Hingegen ist die Entstehung, der Gebrauch wie der Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung - auch soweit dadurch marktordnende Funktionen erfüllt werden -, eine spezifische Erscheinung aus der Privatrechtssphäre^{3) 4)}, auf die eine Ausdehnung des Schutzbereichs von Art.3 Abs.1 GG nur über

1) So auch die Rechtsprechung, wie z.B. BVerfGE 24,367 (389) zur Institutsgarantie des Eigentums oder BVerfGE 25,258 (268) zum Institut der Presse; in diesen Zusammenhang gehört auch die Rechtsprechung des BVerfGE zur Gleichstellung unehelicher Kinder, in der es Art.6 Abs.5 GG zunächst für bindend erklärt und schließlich durch Fristsetzung den Gesetzgeber ("moralisch") zur Aktualisierung gezwungen hat: BVerfGE 8,210 (216); 17,148 (155); 25,167 (173 ff.); 26,44 (60); 26,206 (210); 31,101 (111)

2) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.3 Abs.1 GG Rdnr.292

3) Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für Böhm (1965), S.113

4) Zur Privatrechtssphäre gehört auch der Fall des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung durch den Fiskus im nicht-hoheitlichen, d.h. fiskalischen Bereich (z.B. im Bereich der Finanzmonopole, für den das BVerfG in seiner Entscheidung vom 22.5.1962 (BVerfGE 14, 105 ff.) festgestellt hat, daß das Grundgesetz Finanzmonopole als eine besondere Form der Abgabenerhebung anerkennt). Allerdings ist seine Bindung an den Gleichheitssatz auch im fiskalischen Bereich wesentlich intensiver und differenzierter als im Verhältnis Privater untereinander (s.hierzu Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.3 Abs.1 GG, Rdnr.493).

die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte möglich ist¹⁾. Die Frage des Schutzes vor dem Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung stellt sich aber primär überhaupt nicht im Rahmen des Schutzbereichs von Art.3 Abs.1 GG, da der Mißbrauchstatbestand begrifflich nicht von einer mißbräuchlichen Ungleichbehandlung durch einen Inhaber wirtschaftlicher Macht ausgeht, sondern diskriminierendes Marktverhalten (d.h. die Ungleichbehandlung verschiedener Wirtschaftssubjekte) nur als Unterfall des allgemeinen Mißbrauchstatbestandes anzusehen ist. Wo aber mißbräuchliche Ungleichbehandlung erfolgt, greift nicht unmittelbar der Schutzbereich des Art.3 Abs.1 GG ein, sondern die Gleichbehandlungsgrundsätze des Privatrechts²⁾, die nur mittelbar ihre Wurzel im Schutzbereich des Art.3 Abs.1 GG haben³⁾.

-
- 1) Zur Frage der mittelbaren Einwirkung der Grundrechte auf die private Rechtsordnung vor allem Dürig, aaO., Rdnr.510 ff.; Hesse, Grundzüge, S.145 ff.
 - 2) Zum Problem des weitgehenden Versagens der Privatrechtsinstitute bei der Lösung von Konflikten zwischen wirtschaftlich Mächtigen und wirtschaftlich Machtlosen mit der Folge eines Rückgriffs auf "Spezialgesetze mit wirtschaftspolizeilichem Charakter" auf Kosten der im herrschaftsfreien Raum in erster Linie relevanten Privatrechtsinstitute (Chancengleichheit im Privatrecht) vgl. Biedenkopf, "Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für Böhm, S.117, insbes. S.132.
 - 3) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.3 Abs.1 GG, Rdnr. 514; deshalb ist auch der Begriff des "Kontrahierungszwangs" im Privatrechtsbereich für lebenswichtige Monopolbetriebe in privater Hand (etwas anderes gilt für privatrechtlich organisierte Betriebe der öffentlichen Daseinsfürsorge, was hier aber außer Betracht bleiben soll) und hinsichtlich des Diskriminierungsverbotes für Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung (st.Rspr. seit RGZ 132,273) an sich mißverständlich, da er eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art.3 Abs.1 GG suggeriert; in Wirklichkeit löst ein Nichtkontrahieren bzw. eine Diskriminierung aber nur Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche aus. Der Vertragsschluß selbst kann nicht

b) Art.3 Abs.2 GG

Für die Schutzbereiche von Art.3 Abs.2 und 3 GG als Konkretisierungen des Hauptgleichheitsrechts und leges speciales zu Art.3 Abs.1GG¹⁾ ergeben sich keine anderen Gesichtspunkte, da auch im Hinblick auf den Gleichberechtigungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG nicht eine Verhütung mißbräuchlicher Ungleichbehandlung im Auge hat. Die mißbräuchliche Ungleichbehandlung ist nur eine von vielen Folgen des Mißbrauchs, die im privatrechtlichen Bereich gleichfalls weder durch Art.3 Abs.2 noch durch Art.3 Abs.3 GG unmittelbar geschützt wird.

c) Art.12 GG

Auch der Schutzbereich des Art.12 GG in seiner Hauptausprägung als Verbürgung der Berufsfreiheit ist überwiegend "staatsgerichtet" und entwickelt als Abwehrrecht gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt nach ganz überwiegender Ansicht²⁾ nur sehr schwache Wirkungen gegenüber privaten Dritten³⁾. Zwar hat das Bundes-

"erzwungen", nur seine Wirkungen im außervertraglichen Bereich herbeigeführt werden. Treffender wäre deshalb wohl die Bezeichnung "Kontrahierungsgebot".

- 1) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.3 Abs.3 GG, Rdnr.2
- 2) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.12, Rdnr.3 f.; ders.: Deutsches Staatsrecht, S.174 f.; Hesse, Grundzüge, S.168 ff.; von Mangoldt-Klein, Art.12 Anm.II 4
- 3) S.hierzu Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.63 f.; zu Recht wendet er sich gegen die Ansicht von Werner (DVBl.1955,564), Art.12 GG sei nicht nur ein Abwehrrecht gegen den Staat, sondern zugleich ein "positives Anliegen an den Staat, der dem einzelnen die Chance einer beruflichen Entfaltung gewährleisten soll", wobei sich dieses Recht insbesondere gegen "nichtstaatliche Kräfte" richte und vom Staat die "Inschutznahme des einzelnen vor ... wettbewerbsmäßigen Schranken" fordere; denn eine solche Sicht des Art.12 GG hat mit der Frage echter Drittwirkung der Grundrechte nichts zu tun.

verfassungsgericht in seiner Numerus-clausus-Entscheidung¹⁾ Ansätze gezeigt, einen Anspruch auf Zulassung zu den vorhandenen Hochschulen als unmittelbar auf Art.12 GG beruhendes individuelles Teilhaberecht anzuerkennen, da der Staat im Hochschulbereich faktisch über ein Ausbildungsmonopol verfüge²⁾, dessen Leistungsangebot grundsätzlich jedem Bürger offenstehen müsse; der Umstand, daß das BVerfG derartige Teilhaberechte aufgrund einer faktischen Monopolstellung des Staates möglicherweise für gegeben hält³⁾, besagt aber, daß sie allenfalls im Verhältnis Bürger/Staat Wirksamkeit entfalten könnten, so daß sich im hier erörterten Zusammenhang die Frage einer echten Drittwirkung überhaupt nicht stellt. Darüber hinaus ist aber entgegen diesen Ansätzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung daran festzuhalten, daß der Schutzbereich von Art.12 GG überwiegend im status negativus des Bürgers angesiedelt ist und sich daher nicht mit dem Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG deckt oder überschneidet; sein Regelungszweck ist der Schutz des einzelnen vorwiegend im Privatrechtsbereich.

d) Art.14 Abs.1 GG

Nichts anderes gilt für den Schutzbereich des Art.14 Abs.1 GG, der gleichfalls keine Deckungen und Über-

1) BVerfGE 33,303

2) Gleichfalls auf eine faktische Monopolstellung des Staates stellt neuerdings ab BVerfGE 35,79 (115).

3) Zu Recht ablehnend die überwiegende Literatur; vgl. insbes. E.-W.Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974,1529 ff. (1536); Leisner, DÖV 1975, S.74; Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30,76 (102); auch Badura, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 1/1975, S.17 ff., sieht die "sozialen Grundrechte" in ihrer rechtlichen Bedeutung von an den Gesetzgeber gerichteten Verfassungsprinzipien, "aus denen grundsätzlich subjektiv-öffentliche Rechte nicht abgeleitet werden können".

schneidungen mit dem Regelungsbereich des Art. 74 Nr. 16 GG aufweist. Sowohl in ihrer Ausprägung als Instituts-garantie, wie auch in ihrer Bedeutung als subjektive Grundrechtsverbürgung¹⁾ richtet sich die Eigentums-garantie des Art. 14 Abs. 1 GG vorwiegend gegen den Staat und entfaltet keine Drittwirkung im Privatrechtsbe-reich²⁾. Demzufolge gibt Art. 14 Abs. 1 GG lediglich ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe³⁾, nicht hinge-gen Ansprüche unmittelbar gegen private Dritte⁴⁾; ebenso erwächst dem Staat nicht unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 GG die Kompetenz, beispielsweise gegen privat-rechtliche Kartellabsprachen zur Erzielung überhöhter Marktpreise vorzugehen, die auf der Verbraucherseite

-
- 1) BVerfGE 20, 355; 24, 367 (389); 25, 112; Leibholz-Rinck, Art. 14, Anm. 1; Hesse, Grundzüge, S. 178
 - 2) Daß Art. 14 GG keine Drittwirkung entfaltet, ist all-gemein anerkannt: von Mangoldt-Klein, Art. 14 Anm. II 11; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 14, Rdnr. 10; Dürig, ZStW 109 (1953), S. 339; Schüle, JZ 1955, S. 255 unter kritischer Auseinandersetzung mit der von E. R. Huber (Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 10) vertretenen Ansicht, Art. 14 GG gewährleiste den Schutz des Eigentums nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber außerstaatlichen, sozialen Gewalten; vgl. auch neuerdings Leisner, Sozialbin-dung des Eigentums nach privatem und öffentlichem Recht, in: NJW 1975, 233 ff.
 - 3) (zB BVerfGE 31, 239). Hesse, Grundzüge, S. 178; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 181; von Mangoldt-Klein, Art. 14, Anm. II 11; a.A. E. R. Huber, Wirt-schaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 10
 - 4) Vgl. auch Biedenkopf, Über das Verhältnis wirt-schaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für Böhm (1965), S. 113, wonach Kartelle und andere Marktregelungen im Bereich der Privatautonomie an-gesiedelt sind und deshalb "Veranstaltungen privater Unternehmen" darstellen.

zu Eingriffen in das Eigentum von privater Seite führen¹⁾; die Kompetenz hierzu verleiht vielmehr Art.74 Nr.16 GG direkt. Infolgedessen kommt es auch zwischen dem Schutzbereich des Art.14 Abs.1 GG und dem Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG nicht zu Kompetenzberührungen.

e) Art.2 Abs.1 GG

Der generelle Schutzbereich des Art.2 Abs.1 GG endlich in seiner Ausprägung als Gewährleistung einer allgemeinen Handlungsfreiheit²⁾ bietet ebenfalls keine Anhaltspunkte für eine Deckung oder Überschneidung mit dem Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG; denn auch die Gewährleistung einer allgemeinen Handlungsfreiheit bezweckt den Schutz vor staatlichen Eingriffen, soweit diese über die Vorbehalts-Trias des "Soweit"-Satzes in Art.2 Abs.1 GG hinausgehen; es besteht aber auch kein unmittelbar grundrechtlicher Schutzanspruch gegenüber dem Staat, Einschränkungen dieser allgemeinen Handlungsfreiheit von der Privatrechtssphäre her³⁾ zu

-
- 1) Auch Leisner, NJW 1975,235 macht am Beispiel des Nachbarschutzes deutlich, daß es keine Frage der Drittwirkung des Eigentumsrechtes, sondern vielmehr eine Kompetenzfrage ist, ob der betroffene Bürger gegen den Eigentümer auch durch die Verwaltung oder ob er nur durch die ordentlichen Gerichte geschützt wird.
 - 2) Zu der Frage, ob sich die grundrechtliche Verbürgung einer allgemeinen wirtschaftlichen Unternehmensfreiheit aus Art.2 Abs.1 GG oder aus den Einzelgrundrechten der Art.12 u.14 GG ergibt, vgl. weiter unten S.93 ff.
 - 3) Die auch hier relevante Problematik der wirtschaftlichen Eigenbetätigung der öffentlichen Hand, die über die notwendigen Betätigungen der Daseinsvorsorge hinausgeht und in echter Wirtschaftskonkurrenz zu einer funktionsfähigen Privatwirtschaft steht, soll in diesem Zusammenhang nicht verfolgt werden; gegen eine unbeschränkte staatliche Eigenbetätigung auf privatwirtschaftlichem Gebiet wendet sich mit der herrschenden Lehre vor allem Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.65 ff., insbes.S.75; grundlegend auch Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.135 passim, wonach dem Fiskus zwar das "Privatrecht", nicht aber die "Privatautonomie" zusteht.

verhindern. Auch hier ist es vielmehr Art.74 Nr.16 GG, der die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung als konstitutiven Regelungsbereich und ohne unmittelbaren Bezug auf grundrechtliche Schutzbereiche benennt.

4. Zwischenergebnis

Nachdem sich der Regelungsbereich von Art.74 Nr.16 GG weder ganz noch teilweise Kompetenzzuweisungen außerhalb des Zuständigkeitskataloges (Verfassungsgrundsätzen, Verfassungsaufträgen, Staatszielbestimmungen) entnehmen läßt, sich weiterhin nicht mit den Schutzbereichen von Einzelgrundrechten deckt oder überschneidet und solche Deckungen oder Überschneidungen auch anderwärts nicht auffindbar sind, läßt sich als Zwischenergebnis feststellen, daß kein Rückgriff auf das grundrechtliche Prinzip einer allgemeinen Mißbrauchswehr erforderlich ist, sondern Art.74 Nr.16 GG als Spezialermächtigung¹⁾ konstitutiv im oben erörterten Sinn²⁾ und mit materieller Wirkung feststellt, daß eine Bundesgesetzgebung zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung unmittelbar aus der Kompetenzzuweisung verfassungsrechtlich zumindest legitimiert³⁾ ist. Damit ist allerdings noch nicht die Frage entschieden, ob der Regelungsbereich in seinem Begriffskern damit auch garantiert⁴⁾ ist; denn bei ihrer Beantwortung muß dem Umstand Rechnung getragen werden, daß die Garantiefunktion von Art.74 Nr.16 GG nur in dem Umfang Bestand hat, als Grundlage der Gesetzgebung aus

1) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.174

2) S.o. S. 21 ff.

3) Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S.35

4) Pestalozza, Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, S.183 f.

Art.74 Nr.16 GG eine unveränderte wirtschaftspolitische Entscheidung für die derzeit geltende Wirtschaftsform der "limitierten Marktwirtschaft"¹⁾ bleibt. Es sollen hier deshalb die Möglichkeiten eines Systemwandels durch den Gesetzgeber und seine Auswirkungen auf die Garantiefunktion des Art.74 Nr.16 GG untersucht werden.

§ 10 Die Garantiefunktion des Art.74 Nr.16 GG und das marktwirtschaftliche System

1. Die Marktwirtschaft als offene Ordnung

Nach heute ganz überwiegender Ansicht legt das Grundgesetz kein spezielles und geschlossenes Ordnungssystem wirtschaftstheoretischer Art in irgendeiner Richtung fest²⁾, sondern stellt eine "offene Ordnung" dar³⁾,

- 1) Zum Begriff der "limitierten Marktwirtschaft" mit einem rechtlich begrenzten und seine Funktionierensprinzipien bewahrenden Wettbewerb in Gegensatz zum wirtschaftstheoretischen Modell des interventionsfreien "Strukturwettbewerbs" vor allem R.Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S.18 passim.
- 2) Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.68 ff.; Scheuner, VVDStRL 11,1(19 ff.); ders.: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S.29 f.; Lerche, Werbung und Verfassung, S.69 f.; Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S.17 ff.; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S.103 ff.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S.150 ff.; R.Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S.172 f.; ders.: Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S.165 f.; ders.: Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S.26 f.; Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Festschrift für Franz Böhm (1965), S.63 ff. (89 ff.); Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S.29 ff.; H.Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S.98 ff.; Biedenkopf, Zur Diskussion über ein neues Unternehmensrecht, in: Festschrift für Raiser (1974), S.341; Kriele, Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, in: ZRP 1974, S.105 ff.; a.A. aber z.B. Nipperdey, WuW 1954, S.211 ff., der die "soziale Marktwirtschaft" als wirtschaftsverfassungsrechtliches Ordnungssystem im Grundgesetz festgelegt sieht; vgl. auch Ballerstedt, DÖV 1951,

die zwar von der Grundrechtsseite her gewisse Einschränkungen erfährt und durch die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien gewisse Eckwerte für eine Wirtschaftsordnung erhält¹⁾, aber die konkrete Gestaltung der Wirtschaftsordnung grundsätzlich für den Einzelfall dem in diesen Grenzen freien Ermessen des einfachen Gesetzgebers überläßt²⁾. Die in den Grundrechten, der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, dem Demokratie-, Sozialstaats- und Rechtsstaatsprinzip niedergelegten Grenzen und Richtpunkte unterverfassungsrechtlicher gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit beinhalten dabei in ihrer Zusammenschau eine "grundgesetzliche Sozialentscheidung"³⁾ für diese konkrete Ausgestaltung⁴⁾.

S.159 ff.; auch die Rechtsprechung geht ganz überwiegend von einem offenen Wirtschaftssystem aus: z.B. BVerfGE 4,7 (17 f.); 7,377 (400); 12,341 (347); 14,19 (23); 14,263 (275); 21,73 (78); 30,292 (315); ebenso BVerwGE 17,306 (308), wo sich das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich der vom BVerfG in seinem Urteil vom 20.7.1954 (VerfGE 4,7) dargelegten Ansicht anschließt, wonach dem Grundgesetz kein verfassungskräftiges Bekenntnis für ein bestimmtes Wirtschaftssystem zu entnehmen sei.

- 3) Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S.28
- 1) Scheuner, aaO., S.29, weist zutreffend darauf hin, daß in diesem Sinn das Sozialstaatsprinzip beispielsweise eine rein liberale Marktwirtschaft ausschließe; auf der anderen Seite wird aber auch eine völlige Lenkung der wirtschaftlichen Abläufe durch den Staat mit dem Grundprinzip der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unvereinbar sein. Vgl.hierzu auch Badura, Das Bundesverfassungsgericht zur wirtschaftspolitischen Gesetzgebung, in: AöR 92(1967), S.382 ff. (386)
- 2) Siehe auch hierzu Nachweise S. 89 Fußn.2
- 3) Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S.166; im Ergebnis ebenso Badura, Das Bundesverfassungsgericht zur wirtschaftspolitischen Gesetzgebung, AöR 92 (1967), S.390, 396
- 4) So sieht auch R.Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S.133, die Lösung des Problems der Wirtschaftsverfassung nach dem Grundgesetz nicht in einem bestimmten Modell, sondern in einer auf den Einzelfall bezogenen Verfassungsinterpretation.

2. Möglichkeiten des Systemwandels

Daraus folgt zugleich, daß zwar auch hinsichtlich des Garantiegehalts des Art. 74 Nr. 16 GG der Grundsatz der Systemtreue¹⁾ gilt, wonach Rechtssätze nicht in inhaltlichem Widerspruch zu den Zielen oder anderen Rechtssätzen derselben, einer gleich- oder höherrangigen Rechtsquelle stehen dürfen²⁾, daß jedoch der einfache Gesetzgeber gerade hinsichtlich seiner wirtschaftspolitischen Zielsetzungen verfassungsrechtlich nicht gebunden ist; er kann diese vielmehr in den aufgezeigten Schranken ändern. Wo die Verfassung kein bestimmtes Ordnungssystem vorschreibt, kann der einfache Gesetzgeber zwar ein System für seine Gesetzgebung wählen (z.B. ein marktwirtschaftliches), ohne dabei allerdings gezwungen zu sein, dieses System wirtschaftstheoretisch konsequent durchzuführen, noch verpflichtet zu sein, daran festzuhalten³⁾; wenn der Gesetzgeber von seinem gewählten Ordnungssystem abweicht oder es aufgibt, läßt sich daraus allein ein unmittelbarer Verfassungsverstoß jedenfalls nicht ableiten⁴⁾. Geschieht dies

-
- 1) Zu diesem ursprünglich im Bereich des Verwaltungsrechts entwickelten Begriff, der in neuerer Zeit immer verbreiteter unmittelbar dem Rechtsstaatsprinzip entnommen wird, für viele z.B. Scheuner, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, in: AöR 95 (1970), S. 353 ff. (359 f.); vgl. hierzu auch Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 274 ff.; ders.: Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, in: DÖV 1961, S. 486 ff. (487 f.); Köhler, Wieweit gilt im Wettbewerbsrecht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung?, in: NJW 1971, 118 ff. (121); Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 27 f.; vgl. auch BVerfGE 4, 7 (18); 7, 377 (400); 13, 97 (114); 14, 19 (23); 18, 334.
 - 2) Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. 1971, § 28, I a 7 (S. 147); vgl. hierzu auch ders.: Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. 1973, § 125, IV a 4 (S. 56)
 - 3) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 28
 - 4) Scholz aaO., S. 28 m.w.N.

allerdings, ohne daß hierfür "überzeugende Gründe" ersichtlich wären¹⁾, so kann ein Systembruch mittelbar verfassungswidrig sein, wenn eine bisherige planmäßige und kontinuierliche Gesetzgebung zu einer "Selbstbindung"²⁾ des Gesetzgebers im übertragenen Sinne hinsichtlich seiner Systemwahl geführt hat und er insofern gegen das Willkürverbot als rechtsstaatliches Grundprinzip verstoßen würde³⁾; dies wird aber nur in krassen Fällen bedeutsam werden⁴⁾.

Die Garantiefunktion des Art.74 Nr.16 GG kann daher einem Inhaltswandel unterworfen sein, wenn der einfache Gesetzgeber aus sachlichem Grund und in dem von der Verfassung insgesamt abgesteckten Rahmen, d.h. ohne direkten oder indirekten Verfassungsverstoß seine wirtschaftspolitischen Systemvorstellungen ändert oder zumindest teilweise aufgibt.

§ 11 Begrenzung des Regelungsbereichs des Art.74 Nr.16 GG durch die Grundrechte

Der Umfang des Gesetzgebungsrechts und damit das materielle Gewicht des Art.74 Nr.16 GG ist negativ bestimmbar durch die Grenzen, die die Verfassung selbst

1) Das BVerfG sieht darin ein Willkürindiz; vgl. BVerfGE 9,20 (28); 9,201 (207); 13,331 (340); 18,224 (233, 240); 20,374 (377)

2) Lerche, Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, in: DÖV 1961, S.486 ff. (488)

3) Ständige Rechtsprechung und herrschende Lehre; vgl. hierzu die zahlreichen Nachweise bei Scholz, Konzentrationskontrolle, S.28 Anm.9

4) Zu den Kriterien eines willkürlichen Systembruchs, wie sie von Literatur und Rechtsprechung entwickelt worden sind, erschöpfend Scholz, Konzentrationskontrolle, S.29 m.w.N.

der Kompetenzausübung¹⁾ durch den Gesetzgeber zieht.

Dabei sind es in erster Linie die freiheitlichen Verbür-
gungen des Grundrechtsteils in Form der Gewährleistung
eines subjektiven Rechts auf freie wirtschaftliche Be-
tätigung²⁾ und als dessen besondere Ausprägung der
Wettbewerbsfreiheit³⁾, die die Grenzen einer Gesetzge-
bung zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht-
stellung bestimmen.

1. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit

Das Grundgesetz artikuliert zwar kein ausdrückliches
Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, jedoch wird ein sol-
ches - zumindest im Ergebnis - allgemein anerkannt⁴⁾.
Während jedoch das Bundesverfassungsgericht und mit ihm
die wohl herrschende Lehre ein solches Grundrecht der
Wirtschaftsfreiheit als Ausprägung des Grundrechts der
allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art.2 Abs.1 GG her-
leiten⁵⁾, hat Scholz⁶⁾ die Ansicht vertreten, der grund-

1) Auf die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Kompe-
tenzzuweisung und Kompetenzausübung wurde bereits
weiter oben, S.76 Fußn.2 hingewiesen.

2) Badura, Das Bundesverfassungsgericht zur wirtschafts-
politischen Gesetzgebung, in: AöR 92 (1967),
S.382 ff. (402).

3) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.128

4) Scholz, aaO., S.128 m.w.N.; ebenso Mestmäcker, Das Prin-
zip der Rule of Reason, S.21 f.

5) So z.B. BVerfGE 4,7 (15 f.); 6,32 (37); 8,274 (328);
9,3 (11); 10,89 (99); 12,34 (347); 16,239 (240);
18,315 (327); 25,371 (407); vgl. auch Krüger, Grund-
gesetz und Kartellgesetzgebung, S.26; Hamann-Lenz,
Grundgesetz Art.2 B 3 c m.w.N.; Bellstedt, Verfassungs-
rechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steu-
ern, S.82; Lerche, Werbung und Verfassung, S.76; Dürig,
in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.1 Abs.1 Rdnr.46; Badura
Das BVerfG zur wirtschaftspolitischen Gesetzgebung,
S.403; ders.: BayVBl.1971, S.8; ebenso Witzel, Die Aus-
gestaltung der Konzentrationskontrolle, S.83; a.A.
aber z.B. Peters, Die Verfassungsmäßigkeit des Ver-
bots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr
auf der Straße (1954), S.17 f.; inwischen wohl auch
Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirt-
schaft, S.40 ff., unter starker Einschränkung der von

rechtliche Schutz der Wirtschaftsfreiheit ergebe sich aus Art.12 und Art.14 GG, da es die Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit seien, "deren aktuelle, d.h. berufsmäßige (gewerbliche) und vermögensmäßige Nutzung durch die Individuen auch die wirtschaftliche Betätigung grundrechtlichem Schutz unterstellt"¹⁾; diesem gegenüber trete aber Art.2 Abs.1 GG als generelles Grundrecht zurück. Diese Ansicht hat gute Gründe für sich, da eine zu weite Auslegung des Art.2 Abs.1 GG die Freiheitsvermutung des Rechtsstaates zur kleinen Münze macht, wenn sie versucht, diese in ein Grundrecht umzuformen²⁾. Eine solche Auffassung strapaziert das Hauptfreiheitsrecht des Art.2 Abs.1 GG an einer Stelle unnötig³⁾, wo sich die Verbürgung wirtschaftlicher Be-

ihm früher vertretenen Auffassung (Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVDStRL 11 (1954), S.60 f.), Art.2 Abs.1 GG sei "die weittragendste unter den wirtschaftsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes".

6) Konzentrationskontrolle, S.39 ff.; Wirtschaftsaufsicht, S.128 f.

- 1) So im Ergebnis z.B. auch Dicke, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung, S.107 ff., allerdings mit der Einschränkung, daß Art.12 GG die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als *lex specialis* mit umfaßt, soweit die wirtschaftliche Tätigkeit direkt als Beruf und nicht nur kapitalistisch ausgeübt wird; diese Unterscheidung scheint jedoch unnötig, da auch bei einer nicht hauptberuflichen und lediglich kapitalmäßigen wirtschaftlichen Betätigung nicht entscheidend sein kann, ob diese berufsmäßig betrieben wird, zumal Art.12 GG auch nebenberufliche Tätigkeiten erfaßt und insofern weit auszulegen ist.
- 2) Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.86; kritisch gegenüber einer solchen Deutung des Art.2 Abs.1 GG z.B. auch Hesse, Grundzüge, S.171 ff.; Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, in: DÖV 1971, S.508 f.
- 3) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.2 Abs.1 GG, Rdnr.43

tätigungsfreiheit bereits aus den Grundrechten der Berufs- und Eigentumsfreiheit (Art.12,14 GG) ergibt und gar nicht auf die allgemeine Freiheitsvermutung des Grundgesetzes zurückgegriffen werden muß. Es sind daher zunächst die Grundrechtsverbürgungen der Art.12 und 14 GG, die - soweit uneinschränkbar - einer Gesetzgebung zur Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung Grenzen setzen.

2. Das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit

Dasselbe gilt für die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit, die eine Ausübungsform der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit darstellt¹⁾; denn die "konkurrierende Ausübung der wirtschaftlichen Freiheit aus Art.12, 14 GG schafft den Wettbewerb als Summe miteinander wett-eifernder Grundrechtsausübungen"²⁾ und unterstellt die Wettbewerbsfreiheit damit zumindest mittelbar ebenfalls dem Schutz der Art. 12, 14 GG.

3. Das Grundrecht der wirtschaftlichen Vertragsfreiheit

Soweit sich die Bildung wirtschaftlicher Rechtspositionen in Form privatrechtlicher Zusammenschlüsse unternehmensmäßiger Wirtschaftseinheiten bzw. vertraglich vereinbarter Kooperation³⁾ vollzieht, gehört in diesen Zusammenhang die Frage, inwieweit die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auch eine wirtschaftliche Vertragsfreiheit beinhaltet, die dem Gesetzgebungsrecht aus Art.74 Nr.16 GG Grenzen setzt. Auch die Vertragsfreiheit hat in den Grundrechten keine ausdrückliche Artiku-

1) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.128

2) Scholz, aaO., S.128; im Ergebnis ebenso Mestmäcker, Wettbewerb und Privatrecht, in: AcP 168 (1968), S.247

3) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.40

lation erfahren und wird wie die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit vielfach dem Art.2 Abs.1 GG entnommen¹⁾; aber auch hier gilt, daß die Vertragsfreiheit in verschiedenen Ausprägungen vielfach in Einzelgrundrechten enthalten ist²⁾ und in ihrer speziellen Ausformung als wirtschaftliche Vertragsfreiheit insbesondere in Art.9 Abs.1, 12,14 GG³⁾.

4. Einschränkung der wirtschaftlichen Grundrechte

Das bedeutet, daß Wirtschaftsfreiheit, Wettbewerbsfreiheit bzw. wirtschaftliche Vertragsfreiheit nicht i.S. der Vorbehalts-Trias des "Soweit"-Satzes in Art.2 Abs.1 GG durch jede verfassungsmäßige Norm einschränkbar sind, sofern nur ihre Beeinträchtigung durch ein besonderes Interesse des öffentlichen Wohls⁴⁾ gerechtfertigt ist und Art und Ausmaß der Beeinträchtigung im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bleiben⁵⁾. Vielmehr findet das Gesetzgebungsrecht aus Art. 74 Nr.16 GG im Hinblick auf die Einschränkungen freiheitlicher Grundrechtsverbürgungen seine Grenzen an den im Gegensatz zu Art.2 Abs.1 GG enger gezogenen Wesensgehaltsgarantien der jeweils angesprochenen Einzelgrundrechte. Das bedeutet, daß beispielsweise vom Schutzbereich des Art.9 Abs.1 GG auch privatrechtliche Zusammenschlüsse mit wirtschaftlicher Zweckrichtung (also z.B.

1) Vgl. z.B. Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.83; E.R.Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.661; ders.: Grundgesetz und vertikale Preisbindung, S.22; Ballerstedt, Artikel "Wirtschaftsverfassungsrecht", in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.III/1, S.70; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.26; Lerche, Werbung und Verfassung, S.71

2) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.175 m.w.N.

3) Scholz, aaO., S.176

4) BVerfGE 18,315

5) Badura, Bundesverfassungsgericht und wirtschaftspolitische Gesetzgebung, in: AöR 92 (1967), S.403; vgl. auch H.P.Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 334

Kartelle) erfaßt werden¹⁾ und § 1 GWB deshalb ein Kartellverbot nur im Rahmen des Art.9 Abs.2 GG aussprechen durfte, nicht aber in den weiter gesteckten Grenzen der Schrankenvorbehalte des Art.2 Abs.1 GG. Ebenso wäre bei der Neueinführung der vorbeugenden Fusionskontrolle durch das 2.Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3.8.1973 (BGBl.I S.917) ein generelles Fusionsverbot verfassungswidrig gewesen.

5. Kompetenzausübung und Wesensgehaltsgarantie

Im übrigen findet das Gesetzgebungsrecht aus Art.74 Nr.16 GG seine Grenzen an dem durch die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG für unantastbar erklärten Kernbereich der Einzelgrundrechte, an dem die jeweils in Frage stehende Einzelregelung zu messen ist.

§ 12 Begrenzung des Regelungsbereichs von Art.74 Nr.16 GG durch verfassungsrechtliche Aussagen außerhalb des Grundrechtsteils

Der Umfang des Gesetzgebungsrechtes aus Art.74 Nr.16 GG läßt sich weiterhin positiv dadurch bestimmen, inwieweit sich der Regelungsbereich der Kompetenz durch andere verfassungsrechtliche Aussagen konkretisieren läßt. Solche Konkretisierungen erfährt der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG vor allem aus den Verfassungsprinzipien und dort vornehmlich aus dem Sozialstaats- und Rechtsstaatsprinzip der Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 GG;

1) Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.25; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.107; Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.175; ders.: Konzentrationskontrolle, S.41; der Streit um die Zulässigkeit eines allgemeinen Kartellverbots kann dahin als entschieden angesehen werden, daß die Verfassung ein generelles Verbot nicht decken würde.

diese sollen hier beispielhaft herausgegriffen werden.

1. Zum Beispiel: Das Sozialstaatsprinzip

Das Sozialstaatsprinzip begründet nach heute weitgehend gefestigter Ansicht für Gesetzgebung und Exekutive die Verpflichtung, bei ihrer Tätigkeit soziale Ziele zu verfolgen¹⁾ und stellt insofern nicht nur ein Handlungsprinzip der Verwaltung²⁾, sondern in erster Linie ein normatives Gebot der Verfassung dar³⁾; es begründet

-
- 1) Auf den von Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12 (1954), S.8 ff. (14 ff.) ausgelösten Streit um die verfassungsrechtliche Bedeutung der Sozialstaatsklausel soll hier nicht mehr eingegangen werden; die auf den von ihm vertretenen formal-positivistischen Auslegungsgrundsätzen basierende These, daß Rechtsstaat und Sozialstaat verschiedenen Rechtsebenen angehören (S.14), wobei nur der Rechtsstaatsbegriff normativ auf verfassungsrechtlicher Ebene zu verstehen sei, wohngegen der Begriff des "sozialen" Rechtsstaats kein Rechtsbegriff mit spezifischem materiellem Gewicht darstelle (S.27), hat nur ganz vereinzelt Zustimmung gefunden (z.B. Abendroth, ebenda, S.85) und wird heute allgemein abgelehnt; vgl. hierzu für viele insbesondere die Kritik Hollerbachs, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? in: AöR 85 (1960), S.241 ff.; Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festschrift für Smend (1962), S.78, Fußn.27; ders.: Grundzüge, S.84 f. m.w.N.; Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S.63; ders.: Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Forsthoff (1972), S.336, Fußn.45; vgl. auch Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.230 ff., der ebenfalls die Annahme einer Antinomie zwischen Rechts- und Sozialstaat als "zweifelhaft" ablehnt (aaO., S.233); zur Vereinbarkeit von Rechts- und Sozialstaatselementen im Grundgesetz vgl. z.B. auch BVerfGE 4,7 (15).
 - 2) Für alle: Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S.63
 - 3) Grundlegend Maunz, Deutsches Staatsrecht, S.78; neuerdings auch Pirkel, Gedanken zum Sozialstaat, in: 25 Jahre Grundgesetz, S.143 ff.(145) und Badura, Soziale Grundrechte im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 1/1975, S.17 ff. (33 f.).

aber zumindest für sich allein, keine subjektiven und im Rechtsweg verfolgbaren Ansprüche des einzelnen auf Wahrnehmung dieser Aufgaben durch den Staat¹⁾.

Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem umstrittenen Urteil vom 22.9.1967)²⁾ zum Anspruch privater genehmigter Ersatzschulen auf staatliche Hilfe (Subvention) erklärt, diese Verpflichtung des Staates zur Gewährung wirtschaftlicher Hilfe folge "a u c h"³⁾ aus seiner Pflicht, sich um eine gerechte Sozialordnung auf dem Gebiete des öffentlichen Schulwesens zu bemühen" und damit möglicherweise Ansätze zu einem Verständnis des Sozialstaatsprinzips nicht nur als bindende Auslegungsregel, sondern als anspruchsbegründende Verfassungsnorm gezeigt⁴⁾; jedoch wird ein solches Verständnis der Sozialstaatsklausel - soweit das Gericht überhaupt eine so weitgehende Aussage machen wollte -

1) So die weitaus herrschende Meinung: Hesse, Grundzüge, S.86; Wernicke, Bonner Kommentar Art.20 II 1 d; W.Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Der Staat 4 (1965), S.409 ff. (431 ff.), jedoch zu stark beeinflusst von der Forsthoff'schen Lehre von der Unvereinbarkeit zwischen Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.230; Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972) S.94 f.; Link, Privatschulfinanzierung und Verfassung, in: JZ 1973, S.1 ff.(4); auch das BVerfG sieht im Sozialstaatsprinzip zwar eine Grundentscheidung der Verfassung, an der der Gesetzgeber seine Tätigkeit auszurichten hat (BVerfGE 6,32,41) jedoch hat er bei seiner Konkretisierung eine weitgehende inhaltliche Gestaltungsfreiheit (BVerfGE 5,85,198; 10, 354,371; 18, 257,273).

2) BVerwGE 27,360 ff.

3) Hervorhebung vom Verfasser

4) So jedenfalls versteht Wollny, Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des BVerwG, in: DVBl. 1972, 525 ff. (529) den Ausspruch des Gerichts.

abzulehnen sein¹⁾. Allein aus rechtsstaatlichen Gründen kann das Sozialstaatsprinzip für sich allein in seiner weiten Begrifflichkeit nur eine normative Bindung des gesetzgeberischen Handelns in Form eines Auslegungsgrundsatzes oder einer "Richtungsbestimmung"²⁾ bewirken, die aber der gesetzgeberischen Freiheit einen weiten Spielraum läßt³⁾ und subjektive Rechte zu begründen nicht in der Lage ist⁴⁾. Vielmehr entfaltet die Sozialstaatsklausel ihre normative Wirksamkeit in unterschiedlicher Intensität erst im Zusammenhang mit den Grundrechten⁵⁾ oder mit anderen Verfassungssätzen, zu denen Kompetenzbestimmungen ebenso gehören können wie beispielsweise Art. 109 GG⁶⁾, wo der Sozialstaatsklausel bei der Lösung von Zielkonflikten im "magischen Viereck"⁷⁾ eine gewichtige Rolle zukommt. Ist die normieren-

1) Ablehnend auch z.B. Barion, DÖV 1967, 516 ff.; Menger-Erichsen, Verw. Arch. 57, 377 f.; 59, 277; H. Weber, NJW 1966, 1799 f.; Scholz, WRP 1968, 316; in neuer Zeit auch Friauf, DVBL. 1971, 679; Link, JZ 1973, S. 4

2) Scheuner, Staatszielbestimmungen, S. 336 f.

3) Vgl. Pirkel, Gedanken zum Sozialstaat, in: 25. Jahre Grundgesetz, S. 145, der vor allem auch auf die politische Komponente des Sozialstaatsbegriffs hinweist.

4) Hierzu neuestens auch Wiegand, Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberrechte, in: DVBL. 74, 657 ff.; auch für ihn ist die Sozialstaatsklausel für sich allein in Einzelfällen nicht zu Leistungsansprüchen konkretisierbar.

5) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 92 unter Berufung auf Hensel; danach stehen die Grundrechte über das Sozialstaatsprinzip i. V. m. Art. 3 GG unter einem "sozialen Vorbehalt" in positiver und negativer Hinsicht.

6) Häberle, aaO., S. 95

7) Gem. § 1 Stabilitätsgesetz v. 8.6.1962 (BGBl. I S. 582) ist darunter ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Preisstabilität bei gleichzeitig hohem Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht sowie einem stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstum zu verstehen.

de Kraft der Sozialstaatsklausel in dieser Weise auf der einen Seite vertikal "differenziert"¹⁾, so lassen sich ihr auf der anderen Seite in der Horizontalen drei verschiedene Teilinhalte entnehmen²⁾, nämlich einmal eine Bestandsgarantie für bestimmte, vorhandene soziale Institutionen, dann ein Auftrag zur Beseitigung sozialer Mißstände, wozu auch die Mißstandsverhütung zu zählen ist und schließlich eine "allgemeine E r m ä c h t i g u n g"³⁾ des Gesetzgebers zur Aufrichtung neuer sozialer Ordnungen"⁴⁾; vor allem auf den zweiten Teilinhalt wird im Zusammenhang mit der Abgrenzung einer Gesetzgebungspflicht aus Art.74 Nr.16 GG noch zurückzukommen sein.

Im Hinblick auf die Konkretisierung des Gesetzgebungsrechts aus Art.74 Nr.16 GG ergibt sich daher aus dem Sozialstaatsprinzip als Auslegungsgrundsatz lediglich, daß dem Gesetzgeber eine weitgehende inhaltliche Gestaltungsfreiheit mißbrauchsverhütender Gesetze verbleibt und er in erster Linie nicht auf repressive Regelungen im Mißbrauchsbereich beschränkt ist, sondern auch präventive Regelungen im Gebrauchsbereich als weitergehende Eingriffe gedeckt sind. Das Sozialstaatsprinzip konkretisiert das Gesetzgebungsrecht aus Art.74 Nr.16 GG lediglich dahin, daß der Gesetzgeber seine gesetzgeberische Freiheit mit dem Ziel einer sozialen Befriedung auszuüben

1) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.94

2) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.231 ff.

3) Hervorhebung im Original

4) Vgl. hierzu im Ergebnis übereinstimmend auch Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S.64, der in der Sozialstaatsklausel ein Korrekturmittel der vom Grundgesetz vorausgesetzten freien Wirtschaftsordnung sieht, das allerdings im Rechtsstaatsprinzip seine Grenzen findet und beispielsweise eine andere wirtschaftliche Struktur weder fordert noch etwa eine sozialistisch ausgeprägte Struktur decken würde.

hat¹⁾; er muß versuchen, die sich durch technisch-industrielle, wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen ständig verändernde soziale Wirklichkeit²⁾ normativ im Griff zu behalten, indem er im Spannungsverhältnis zwischen Grundrechtsgewährleistungen für den einzelnen und Grundrechtsbindungen des einzelnen (hier in erster Linie die Sozialpflichtigkeit des einzelnen durch die Sozialbindung des Eigentums) ein Optimum realer Freiheit aller verwirklicht³⁾. Das Sozialstaatsprinzip stellt daher auch eine Gesetzgebung zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung unter das Gebot sozialstaatlicher Normgestaltung⁴⁾.

2. Zum Beispiel: Das Rechtsstaatsprinzip

Daneben ist in diesem Zusammenhang das Rechtsstaatsprinzip zu erörtern, durch das der Regelungsbereich des Art. 74 Nr. 16 GG Konkretisierungen erfährt. Zunächst einmal ist es bedeutsam bei der sozialstaatlichen Normgestaltung, da auch sie dem Grundsatz der rechtlichen Bindung staatlicher Gewalt zu folgen hat⁵⁾; denn die staatliche Sozialgestaltung verläßt dort rechtsstaatlichen Boden, wo soziale Freiheit umschlägt in die soziale Sicherheit eines perfekten Wohlfahrtsstaates⁶⁾, der dem einzelnen zwar die persönlichen Lebensrisiken abnehmen kann⁷⁾, aber die Freiheit durch "totale Gleich-

1) Hesse, Grundzüge, S. 86; vgl. auch Gerhard Müller, BärBl. 1964, 726 f.

2) Hesse, Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festgabe für Smend (1962), S. 78

3) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 96

4) Vgl. hierzu z.B. R.R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, S. 14; s. auch BVerfGE 13, 331 (347), wo das Gericht von einer Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer sozialstaatlichen Steuergesetzgebung ausgeht.

5) Hesse, Grundzüge, S. 87

6) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 102

7) BVerfGE 23, 149 (156)

macherei" in Unfreiheit umkehren würde¹⁾.

Daneben konkretisiert das Rechtsstaatsprinzip den Umfang des Regelungsbereiches von Art.74 Nr.16 GG aber vor allem hinsichtlich seiner Ausprägung als Schutz des Eigentums im Sinne einer Einrichtungsgarantie aus Art.14 GG²⁾. Das Recht des Gesetzgebers zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung reicht deshalb nur so weit, wie auf der einen Seite aus Art.14 Abs.2 GG die Sozialpflichtigkeit dessen reicht, der die Macht innehat, und auf der anderen Seite die rechtsstaatliche Eigentumsgarantie in ihrem Kernbereich unangetastet bleibt³⁾.

An dieser Stelle zeigt sich, daß gerade im Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG der Konflikt zwischen Eigentumsgarantie und Sozialpflichtigkeit des Eigentums einer Schlichtung durch den Gesetzgeber bedarf, die im Wege des "nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs" zu erfolgen hat⁴⁾.

§ 13 Begrenzung der Normbereiche anderer Verfassungssätze durch Art.74 Nr.16 GG

Neben der negativen Begrenzung des Gesetzgebungsrechts aus Art.74 Nr.16 GG durch die Grundrechte und andere verfassungsrechtliche Aussagen, kann die Kompetenzzuweisung des Art.74 Nr.16 GG unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Verfassung ihrerseits in der Lage sein, verfassungsmäßige Aussagen positiv zu konkretisieren und sogar zur Schrankenbestimmung grundrechtlicher Ge-

1) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.97

2) Hesse, Grundzüge, S.86

3) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.14 GG, Rdnr.8

4) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.151 ff.(153)

währleistungen beizutragen¹⁾).

1. Begrenzung der subjektiven Wirtschaftsfreiheit

Zunächst ist es die allgemeine subjektive Wirtschaftsfreiheit im Sinne einer unternehmerischen Marktfreiheit mit ihren Einzelausprägungen der Wettbewerbsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit sowie der Vertragsfreiheit, die durch den Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG in ihrem Freiheitsraum verdeutlicht und in ihren Schranken näher bestimmt wird. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich die allgemeine Wirtschaftsfreiheit nicht aus der generellen Bestimmung des Art.2 Abs.1 GG, sondern aus den speziellen Einzelgrundrechten der Art. 12,14 GG; denn die Wirtschaftsfreiheit beinhaltet einmal die ungehinderte Wahl und Ausübung beruflicher wie gewerblicher Betätigung, die durch Art.12 GG gewährleistet ist, zum anderen die in ihrem Kernbereich ungehinderte Nutzung des Eigentums in wirtschaftlicher und unternehmerischer Hinsicht, die Art.14 GG garantiert²⁾. Art.74 Nr.16 GG besagt nun, daß Wettbewerb und verfassungstolerierte wirtschaftliche Machtstellung als Folge der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit im Gebrauchsbereich einander neutral gegenüberstehen, wohingegen der Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung dort beginnt und einen verfassungsimmanenten Konflikt sichtbar werden läßt, wo durch das eine Wirtschaftssubjekt die Wirtschaftsfreiheit eines anderen konkurrierenden oder konsumierenden Wirtschaftssubjekts allgemein und in ihren Einzelausprägungen beeinträchtigt wird.³⁾ Die Wirtschaftsfreiheit endet also dort, wo sie einmal nach Art.74 Nr.16 GG einen Mißbrauch von Wirtschaftsmacht darstellt, zum anderen dort, wo sie aufgrund von Eigengesetzlichkeiten den Wettbewerb gefährdet; dabei obliegt es dem Gesetzgeber, im Wege der

1) Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.89

2) S.o. S.93 ff.; R.Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.142 m.w.N.

3) Vgl. auch Mestmäcker, Wettbewerbsrecht und Privatrecht, S. 252

Realdefinition solche Tatbestände zu normieren, die als mißbräuchlich erkannt sind, bzw. typischerweise zu Mißbräuchen führen (Definition des Mißbrauchsbereichs), oder in anderer Weise die gesellschaftspolitischen und volkswirtschaftlichen Funktionen des Wettbewerbs als "freiheitliche Verhaltensform und zweckmäßige Marktform"¹⁾ bedrohen können (Definition des Gebrauchsbereichs). Insoweit also schränkt Art.74 Nr.16 GG die allgemeine Wirtschaftsfreiheit über ihre mißbräuchliche Handhabung hinaus auch im Gebrauchsbereich ein, als unbegrenzte wirtschaftliche Machtbildungsprozesse nicht verfassungstoleriert sind; denn diese führen in vielen Fällen, auch ohne gezielt mißbräuchliche Machtentfaltung, aufgrund von Eigengesetzlichkeiten zu einer Beeinträchtigung oder sogar Aufhebung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit anderer Wirtschaftssubjekte, sei es in wettbewerblicher, sei es in anderer Hinsicht.

2. Begrenzung der Wettbewerbsfreiheit, der wirtschaftlichen Vertrags- und Vereinigungsfreiheit

Wie der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit, werden auch ihren Einzelausprägungen in Form der wirtschaftlichen Vertragsfreiheit, der Wettbewerbsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit²⁾ als mittelbaren Gewährleistungen

1) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.25

2) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.40 f., der zwischen wirtschaftlichen Zusammenschlüssen unterscheidet, die durch "schlichten Vertrag" erfolgen und ihre Gewährleistungen aus Art. 12,14 GG beziehen, sowie Zusammenschlüssen durch Vereinigung i.S. Art.9 Abs.1 GG, die sich in atypischer und in einer verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Rechtsform vollziehen (z.B. Konzernbildung) und grundrechtlichen Schutz in Art.9 Abs.1 finden; allerdings sieht er richtigerweise in Vereinigungen auf der grundrechtlichen Basis von Art.12,14 GG sowie solchen auf der subsidiären Grundlage von Art.9 Abs.1 GG materiell keinen Unterschied. Folgerichtig kann es daher bei der Begrenzung des grundrechtlichen Freiheitsraums durch Art.74 Nr.16 GG keinen Unterschied machen, ob die wirtschaft-

grundrechtlicher "Ausübungsrechte"¹⁾ durch Art.74 Nr.16 GG in gleicher Weise Grenzen gesetzt. Denn eine in Einklang mit der Kompetenz erlassenen Wettbewerbsgesetzgebung stellt keine verfassungswidrige Einschränkung der Vertragsfreiheit dar²⁾, sondern begrenzt diese verfassungsmäßig.

So zeigt sich auch im Verhältnis zwischen der Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit der verfassungsimmanente Konflikt, daß keine dieser Gewährleistungen ohne grundrechtliche Grenzenbestimmung zugunsten der anderen auskommt. Eine ungehemmte Vereinigungsfreiheit führt zu einer Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit; die Vereinigungsfreiheit darf deshalb nicht als reine Gewährleistung angesehen werden, sondern wird durch die Wettbewerbsfreiheit begrenzt³⁾. Andererseits werden aber auch der Wettbewerbsfreiheit Grenzen gesetzt, da das Grundgesetz keine wirtschaftspolitische Entscheidung getroffen hat, aus der sich ein uneingeschränkter und interventionsfreier "Strukturwettbewerb" mit dem Ziel einer Bereinigung des Marktes von strukturell unterlegenen Konkurrenten⁴⁾ entnehmen ließe. Auch hier muß eine Lösung des verfassungsimmanenten Konfliktes durch den Gesetzgeber erfolgen, der die Wettbewerbsfreiheit des wirtschaftlichen Machtträgers zugunsten der des machtlosen Wirtschaftssubjektes zu begrenzen hat; Art.74 Nr.16 GG bestimmt also selbst die

liche Vereinigungsfreiheit auf Art.12,14 GG oder subsidiär auf Art.9 Abs.1 GG beruht.

- 1) Scheuner, Gewährleistungen, S.332; daß Scheuner die Vertragsfreiheit dem Art.2 Abs.1 GG entnimmt und sich die hier vertretene Ansicht zu ihm in Widerspruch setzt, ist jedenfalls im Ergebnis ohne Bedeutung.
- 2) Scholz, Koalitionsfreiheit, S.108
- 3) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.45
- 4) Scholz, aaO., S.18, unter Hinweis auf die Begründung des Referentenentwurfs v. 28.10.1970 zu § 24 GWB (Anm.11) .

Grenzen, in denen die Wettbewerbsfreiheit legitimiert und garantiert ist und verlagert damit das allgemeine grundrechtliche Prinzip der Mißbrauchswehr materiell in den kompetentiellen Bereich¹⁾.

3. Begrenzung der Eigentumsgarantie des Art.14 Abs.1 Satz 1 GG

Die wohl bedeutsamste kompetentielle Begrenzung grundrechtlicher Gewährleistungen besteht im Verhältnis zwischen Art.74 Nr.16 GG und der Eigentumsgarantie des Art.14 Abs.1 Satz 1 GG, da über Art.14 Abs.2 Satz 2 GG i.V.m. Art.74 Nr.16 GG dem einfachen Gesetzgeber unmittelbar die aktuelle Ausgestaltung der Sozialpflichtigkeitsklausel des Art.14 Abs.2 GG durch eine Schrankenbestimmung wirtschaftlicher Machtausübung übertragen ist²⁾. In prägnanter Verkürzung bedeutet dies: "Eigentum verpflichtet: aber es verpflichtet den Mächtigen mehr als den machtlosen Rechtsträger"³⁾. Eine auf Art. 74 Nr.16 GG beruhende Gesetzgebung kann daher die Ausübung grundrechtlich garantierter wirtschaftlicher Macht verstärkt auf eine sozialadäquate Nutzung einschränken und im Fall des Mißbrauchs in die Schranken ihrer (verkürzten) Freiheiten zurückweisen⁴⁾.

Neben dieser Möglichkeit, über Art.74 Nr.16 GG für die Ausübung wirtschaftlicher Macht als Eigentumsnutzung grundrechtseinschränkende Mißbrauchsschranken aufzurichten und damit den Mißbrauchsbereich wirtschaftlicher Machtausübung normativ zu bestimmen, erlaubt Art.74 Nr.16 GG aber auch Begrenzungen wirtschaftlicher Macht-

1) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.174

2) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.14, Rdnr.25

3) Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Böhm-Festschrift (1965), S.135

4) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.174

bildung als Ausprägung der ordnungspolitischen Komponente des Eigentumsbegriffs¹⁾ bereits auf der Stufe des Eigentumserwerbs, d.h. also bereits im Bereich der an sich wettbewerbsneutralen Entstehung wirtschaftlicher Machtkonstellationen²⁾. Art.74 Nr.16 GG verstärkt dadurch auch die durch die Sozialpflichtigkeitsklausel vorgezeichneten Grundrechtsschranken im Hinblick auf den grundrechtlichen Sonderkonflikt zwischen Eigentums-
garantie und Eigentumsnutzung durch mächtige Wirtschaftssubjekte.

4. Begrenzung der Wettbewerbsgleichheit

Von den insbesondere im vorliegenden Zusammenhang relevanten Grundrechten, für die sich Schrankenbestimmungen aus Art.74 Nr.16 GG entnehmen lassen, sei weiterhin Art.3 Abs.1 GG genannt. Nachdem der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG auch Regelungen zur Kontrolle und

-
- 1) Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.14 GG, Rdnr.7
 - 2) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.67, der die verfassungsrechtliche Legitimität einer "vorverlegten Machtbegrenzung" mit dem faktischen Versagen der Mißbrauchskontrolle des § 22 GWB a.F. begründet sowie mit der durch die Bildung wirtschaftlicher Macht regelmäßig verbundenen Aufspaltung von Rechtsinhaberschaft und Rechtsverantwortlichkeit, die Sanktionen im Mißbrauchsfall vielfach unwirksam macht. Zum gleichen Ergebnis gelangt Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.14 Rdnr.9 mit der dogmatisch überzeugenderen Begründung, daß die ordnungspolitische Komponente der Eigentumsgarantie im Konfliktsfall durchaus Vorrang vor der individualrechtlichen haben könne, da die Schutzwürdigkeit des Eigentums als Individualrecht wohl in dem Maße abnehme, als es nicht mehr zur Sicherung des Existenzminimums und der Freiheit des einzelnen diene, sondern "überwiegend der Expansion menschlichen Machtstrebens"; a.A. wohl Leisner, Sozialbindung des Eigentums, S.224, der meint, der individuellrechtliche Eigentumsgebrauch sei primär und ziehe die Sozialbindung erst nach sich, wobei dieses Verhältnis durch Ausdehnung der Sozialbindung nicht umgekehrt werden dürfe.

nötigenfalls Verhinderung wirtschaftlicher Machtkonzentrationen verfassungsrechtlich legitimiert¹⁾, wird dadurch eine Begünstigung der kleineren und mittleren Unternehmen zu Lasten der wettbewerbsmäßig überlegenen Großunternehmen ermöglicht. Eine solche Begünstigung kann aber die Frage nach einem Verstoß gegen die in Art.3 Abs.1 i.V.m. Art.12,14 GG²⁾ enthaltene Wettbewerbsgleichheit verstanden als "soziale Chancengleichheit"³⁾ zum Nachteil der Großunternehmen aufwerfen⁴⁾. Jedoch ist der im Falle von Grundrechtskollisionen verschiedener Grundrechtssubjekte allein zur Konfliktlösung berufene einfache Gesetzgeber⁵⁾ in seinen wirtschafts- und sozialpolitischen Maßnahmen weitgehend frei und insofern berechtigt, zum Schutz des kleinen und mittleren Unternehmertums die Marktchancen und Wettbewerbsvorteile der Großunternehmen zu beschneiden⁶⁾, soweit hierfür ein sachlicher Differenzierungsgrund gegeben ist⁷⁾. Die Ungleichbehandlung des Mittelstandes durch wettbewerbliche Begünstigung findet ihren sachlichen Differenzierungsgrund als verfassungsmäßige Rechtfertigung aber in der im Einklang mit dem Sozialstaatsprinzip nicht absoluten, sondern sozial gesicherten Chancengleichheit, die eine mittelstandsfreundliche sozialpolitische und wettbewerbsbejahende wirtschaftspolitische Entscheidung des

1) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.60 f.,91

2) So jedenfalls im Ergebnis auch Leisner, Die Unzulässigkeit steuerlicher Fiskalprivilegien, in BB 1970,410

3) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.180

4) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.70

5) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.131; ders.: Werbung und Verfassung, S.107; ebenso BVerfGE 14, 263 (282); 28,243 (260 f.)

6) So in st.Rspr. des BVerfG seit dem Investitionshilfe-Urteil in BVerfGE 4,7 (19)

7) Vgl. auch BVerfGE 8,71 (80); 12,354(367); 13,97 (107 f.); 21,292 (299); 23,50 (60); 19,101 (114 f.)

einfachen Gesetzgebers ermöglicht¹⁾, so daß Art.74 Nr.16 GG als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips den Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG unmittelbar sachlich differenzierend auf einen sozialadäquaten Gleichheitsbegriff zurückführt.

5. Begrenzung der Berufsfreiheit

Schließlich ist es die in Art.12 Abs.1 GG gewährleistete Berufsfreiheit, die durch Art.74 Nr.16 GG Einschränkungen erfährt. Nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten²⁾ und in ständiger Rechtsprechung angewendeten³⁾ Stufenlehre zu Art.12 Abs.1 GG sind gesetzliche Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl nur möglich, soweit dies der Schutz "überragender" Gemeinschaftsgüter "zwingend erfordert", wohingegen für Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" ausreichen⁴⁾. Dabei müssen im Bereich der Berufsausübung herangezogene Gemeinschaftsinteressen nicht von der Verfassung vorgezeichnet sein, sondern können auch vom Gesetzgeber selbst aufgrund besonderer wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischer Vorstellungen und Ziele in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhoben werden⁵⁾.

1) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.70, der das Recht zur sozialen Gruppenbegünstigung allerdings direkt (und damit im Widerspruch zu der auch von ihm befürworteten materialen Sicht des Art.74 Nr.16 - vgl. Wirtschaftsaufsicht, S.174) auf das Sozialstaatsprinzip und damit "auf eine höhere, materiale Gleichheitsvorstellung" zurückführt und nicht auf die materiellen Konkretisierungen des Art.74 Nr.16 GG, die allerdings, wie oben bereits gezeigt wurde, ihre Inhalte nicht zuletzt aus dem Sozialstaatsprinzip empfangen.

2) Grundlegend BVerfGE 7,377 (401 ff.)

3) Vgl. z.B. BVerfGE 9,213 (221 f.); 10,185 (197); 11,234 (239); 12,231 (294 f.); 13,97 (104); 14,19(22); 15,227(234); 16,147(165 ff.); 17,232 (242); 21,72 (73); 23,50(56); 25,1 (11); 29,327 (333); 31,297 (305); 32,125 (158 f.)

4) BVerfGE 7,377 (405)

5) BVerfGE 13,97 (107)

Während aber allgemein davon ausgegangen wird, daß der Gesetzgeber bei der Normierung von Berufsausübungsregelungen im Bereich des Art.74 Nr.16 GG seine Gemeinwohlvorstellungen erst noch selbst zu artikulieren hätte¹⁾, sind die Gemeinwohlvorstellungen, die Berufsausübungsregelungen zulassen, von der Verfassung selbst in Art.74 Nr.16 GG bereits ausgesprochen: Regelungen, die die Berufsausübungsfreiheit im Rahmen des Art.74 Nr.16 GG modifizieren oder einschränken, müssen dem rechtsstaatlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprechen und dürfen nur im Wege des geringstmöglichen Eingriffs den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung zu verhüten suchen. Art.74 Nr.16 GG ist demnach selbst eine von der Verfassung ausgesprochene Gemeinwohlvorstellung, aus der sich die Beschränkbarkeit der Berufsausübung unmittelbar ergibt. Die in Art.74 Nr.16 GG artikulierten Gemeinwohlinteressen für sich reichen hingegen nicht aus für die Legitimierung von Berufswahlbeschränkungen, wobei eine Berufswahlbeschränkung auch dann vorliegt, wenn eine zunächst legitime Ausübungsbeschränkung in eine faktische Beschränkung oder Aufhebung der freien Berufswahl umschlägt²⁾.

§ 14 Zusammenfassung

Damit ist der Regelungsbereich des Art.74 Nr.16 GG und mit ihm der Umfang des Rechts des Gesetzgebers zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung ausgegrenzt. Es umfaßt die Möglichkeit der Errichtung eines komplexen Systems von Regelungen mit mißbrauchs-

1) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.52; Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.12 GG, Rdnr.99

2) Vgl. hierzu Scholz, Konzentrationskontrolle, S.52 m.w.N.

wehrenden, grundrechtskonkretisierenden, grundrechtsbegrenzenden und konfliktschlichtenden Inhalten, die in ihrem Zusammenwirken eine Optimierung des verfassungsmäßigen Regelungsziels der Sicherung wirtschaftlicher Freiheit in sozialstaatlicher Gemeinschaftsbezogenheit herbeizuführen vermögen. In welchem Umfang der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und bei der Kompetenzausübung quantitativ und qualitativ seine Gesetzgebungsrechte ausgeschöpft hat, soll im folgenden untersucht werden.

§ 15 Die Kompetenzausübung:

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Der Gesetzgeber hat sein Recht aus Art.74 Nr.16 GG zumindest quantitativ weitgehend in Anspruch genommen, wobei ihm der Weg zur Erreichung dieses Regelungsziels in den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Grenzen freistand. Die Fragestellung dieser Arbeit geht dahin, welche Gesetzgebungsrechte und möglicherweise Gesetzgebungspflichten sich für den einfachen Gesetzgeber aus den materiellen Aussagen der Kompetenzbestimmungen und insbesondere aus der Kompetenz des Art.74 Nr.16 GG entnehmen lassen; im Rahmen dieser Fragestellung ist es also nur von mittelbarer Bedeutung, ob sich der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seines Gesetzgebungsrechts im Rahmen des von der Gesamtverfassung vorgegebenen Regelungsbereichs gehalten hat. Es soll deshalb hier nicht sämtlichen verfassungsrechtlichen Streitfragen nachgegangen werden, die sich aus der Gesetzgebung im Zusammenhang mit dem Regelungsbereich von Art.74 Nr.16 GG ergeben haben; das differenzierte Zusammenwirken der vom Gesetzgeber im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen getroffenen Maßnahmen ist zu komplex, um sich hier mit verfassungsrechtlichen Kontroversen systematisch und erschöpfend auseinandersetzen zu können.

1. Verfassungsmäßigkeit des GWB a.F.

Es soll hier daher nur bemerkt werden, daß sich der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seines Gesetzgebungsrechts aus Art.74 Nr.16 GG durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen alter Fassung (GWB a.F.) vom 27.7.1957 in der Fassung vom 3.1.1966 (BGBl.I S.37) im Rahmen des Regelungsbereichs von Art.74 Nr.16 GG gehalten hat und daß ernsthafter Streit über die Verfassungsmäßigkeit der Einzelbestimmungen des Gesetzes und insbesondere ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten im Zeitpunkt seiner Novellierung nicht mehr bestand¹⁾.

2. Verfassungsrechtliche Fragen zur Kartellgesetznovelle von 1973

Der Frage, ob das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nach seiner Novellierung durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3.8.1973 (BGBl.I S.917) in der Neufassung vom 4.4.1974 (BGBl.I S.869) mit seinen vielfältigen Änderungen und Ergänzungen²⁾ in vollem Umfang verfassungskonform ist, kann hier nicht systematisch nachgegangen werden; auch hier muß es aus den oben genannten Gründen mit einem beispielhaften und skizzierenden Überblick

1) Für viele z.B.:

Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.74 Rdnr.93; so wird z.B. die bei Erlass des Gesetzes noch heiß umstrittene Frage nach der verfassungsmäßigen Zulässigkeit eines Kartellverbots heute fast einhellig positiv beantworten, so daß auf sie wie auch auf andere verfassungsrechtliche Streitfragen hier nicht mehr eingegangen werden soll; zum Streit um das Kartellverbot vgl. aber E.R.Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, Gutachten (1955) mit ablehnender Stellungnahme von Biedenkopf, BB 1956, S.473 ff. sowie zu letzterer kritisch H.Müller, Grundgesetz und Kartellverbot, BB 1956, S.972 ff. mit Entgegnung von Biedenkopf, BB 1956, S.974 f.; vgl. auch zusammenfassend W.Zoellner, Stichwort: Kartellrecht, in: Evangelisches Staatslexikon, Spalte 870 f.

2) Vgl. hierzu die Zusammenfassungen von Ebel, Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: NJW 1973, 1577 ff., 1665 ff. sowie Gleiss/Bechtold, Das neue deutsche Kartellgesetz, in: BB 1973, 1142 ff.

über die wichtigsten Änderungen und dabei möglicherweise auftretenden verfassungsrechtlichen Zweifelsfragen sein Bewenden haben.

a) Verschärfte Mißbrauchsaufsicht und vorbeugende Fusionskontrolle (§§ 22-24 b GWB)

Die einschneidendsten Änderungen und Ergänzungen des GWB bestehen in der Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen sowie in der Einführung einer vorbeugenden Fusionskontrolle (§§ 22,23,24-24b GWB)¹⁾; letztere hat die reine Anzeigepflicht von Zusammenschlüssen (§§ 23,44 Abs.1d GWB a.F.) abgelöst, um auf diese Weise eine in den vergangenen Jahren immer stärker zu beobachtende Zunahme der Unternehmenskonzentration und die damit verbundene Tendenz zur Bildung wettbewerbsbeschränkender Marktmacht im Griff zu behalten. Die mit dieser Entwicklung einhergehende Erkenntnis, daß legale Unternehmenskonzentrationen den Wettbewerb in gleicher Weise beeinflussen können wie Kartellabsprachen²⁾, hat dazu geführt, daß der nunmehr eingeführten Fusionskontrolle im wesentlichen keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegengebracht werden³⁾;

- 1) Mestmäcker, Konzentration und Wettbewerb, in: FAZ Nr.62 v. 11.3.1970, S.15, sieht in einer wirksamen präventiven Fusionskontrolle "das weitaus wichtigste Instrument einer Wettbewerbspolitik, die zugleich Strukturpolitik und Politik zum Schutze des Mittelstandes sein will".
- 2) Vgl. BT-Drucksache 7/76, S.14 sowie auch BR-Drucksache 7/779 zu Drucksache 449/73 vom 13.6.1973
- 3) Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Konzentrationskontrolle ausführlich Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, passim; vgl. auch R.Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S.124 f., der richtigerweise auf die Ambivalenz zwischen zwangsläufiger Entwicklung jedes freien Wettbewerbs zur wettbewerbsbeschränkenden privaten Abmachung (S.74 f.) und der Notwendigkeit staatlicher Gegensteuerung gegen diese eigengesetzliche Konzentrationstendenz gerade zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs (S.124 f.) hinweist; keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Einführung der Fusionskontrolle und Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen auch bei Ebel, Novellierung des Gesetzes gegen Wett-

sie wird grundsätzlich in ihrer gesellschaftspolitischen Zielsetzung anerkannt, die insbesondere durch die Sozialbindung des Eigentums gemäß Art.14 Abs.2 GG sowie durch die Sozialstaatsklausel gemäß Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 GG legitimiert ist¹⁾. Über die wettbewerbspolitische Berechtigung und Notwendigkeit der Fusionskontrolle werden erst künftige, empirische Erkenntnisse im Zuge ihrer konkreten Anwendung Aufschluß geben²⁾.

- b) Kooperationserleichterungen für kleinere und mittlere Unternehmen (§ 5 b GWB)

Hand in Hand mit der (vorerst) vorwiegend gesellschaftspolitisch legitimierten Fusionskontrolle³⁾ einschließlich der Möglichkeit einer Auflösung neuer, nicht genehmigungsfähiger Unternehmenszusammenschlüsse § 24 GWB⁴⁾ sowie der verstärkten Mißbrauchsaufsicht bereits bestehender marktbeherrschender Unternehmen (§ 22 GWB) - die also in ihrem Bestand unangetastet bleiben - geht die gesellschaftspolitisch legitimierte Kooperationserleichterung für kleine und mittlere Unternehmen gemäß § 5 b GWB⁵⁾ wettbewerbspolitisch rechtfertigt sich diese

bewerbsbeschränkungen, NJW 1973, 1577; ebenso Jaumann, Aktive Wettbewerbspolitik und soziale Marktwirtschaft, BayVBl.1974, S.29 ff.; Gleiss/Bechtold, Das neue deutsche Kartellgesetz, BB 1973, 1142 ff.; Reich, Neue Tendenzen des Wirtschaftsrechts, BB 1973, 1449 ff. (1454); desgleichen Witzel, Die Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle, S.82 ff.

1) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.76, 124

2) Scholz, Konzentrationskontrolle, S.60

3) Dazu, daß sie sich zur Erreichung ihrer gesellschaftspolitischen Zielsetzung vorwiegend wettbewerbspolitischer Eingriffskriterien bedient, kritisch Reich, BB 1973, 1454

4) Vgl. hierzu insbesondere Scholz, Konzentrationskontrolle, S.57 f.

5) Vgl. hierzu im einzelnen Ebel, NJW 1973, 1577 ff.

Maßnahme vor allem durch die vornehmlich in den USA gemachte empirische Feststellung, daß kleinere und mittlere Unternehmen keineswegs generell weniger leistungsfähig sind als Großunternehmen¹⁾, ihre Stärkung gegenüber Großunternehmen also wettbewerbsfördernde Wirkungen hat. Gesellschaftspolitisch gehört die Förderung des Mittelstandes zu der dem Gesetzgeber aus dem Sozialstaatsprinzip obliegenden Aufgabe, einen sozialen Ausgleich zu schaffen und die Bildung weiterer ökonomischer Macht mit ihrer ohnehin höchst zweifelhaften demokratischen Legitimation keinesfalls auf Kosten des kleinen und mittleren Unternehmertums zu fördern.

c) Verbot der vertikalen Preisbindung (§ 15 GWB)

Zwar stößt auch das Verbot der (vertikalen) Preisbindung der zweiten Hand grundsätzlich nicht mehr auf verfassungsrechtliche Bedenken²⁾; jedoch ist seine Zweckmäßigkeit umstritten³⁾, da ein Preisbindungssystem ohne-

1) R.Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S.124 f.

2) So aber noch E.R.Huber, Grundgesetz und vertikale Preisbindung, S.40 ff. passim; er sieht im Preisbindungsprivileg eine echte Rechtsposition des Markenwarenerstellers (S.18 f.) und in deren Abschaffung einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz (S.66, Leitsatz 16), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Leitsatz 17) sowie gegen die Eigentumsgarantie (Leitsatz 20,21). Aus der Herstellung einer Markenware ein subjektives, vermögenswertes Recht auf Bindung des Endverkaufspreises abzuleiten, scheint jedoch zu weitgehend und die ganz überwiegende h.M. ist dieser Ansicht nicht gefolgt; sie hat vielmehr gegen das Verbot der vertikalen Preisbindung keine verfassungsrechtliche Bedenken: Sandrock, Die zweite Kartellnovelle, BB 1973, S.101 ff. (105 f.) m.w.N.; Ebel, NJW 1974, 1579 meint, rechtlich sei zur Abschaffung der Preisbindung "nicht viel zu sagen"; vgl. auch Jaumann, BayVBl. 1974, S.32; Gleiss/Bechtold, BB 1973, 1143

3) Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S.22 ff., 49; Sandrock, Die zweite Kartellnovelle, BB 1973, 101 ff. (105 f.)

hin nur im Falle seiner gedanklichen und praktischen Lückenlosigkeit¹⁾ funktionsfähig ist. Das erfordert aber einmal auf dem Binnenmarkt Lieferausschluß für solche Zwischenhändler, die nicht bereit sind, sich der Preisbindung des Herstellers zu unterwerfen (Kaufhausketten, Supermärkte, Cash- und Carry-Läden) und deretwegen Hersteller vielfach freiwillig auf eine Preisbindung verzichtet haben, um sich nicht selbst diesen Abnehmerkreis abzuschneiden; auf der anderen Seite steht dem das europäische Kartellrecht entgegen, das vertragliche Import- und Exportbeschränkungen zur Verhinderung von Preisunterbietungen im Wege von Reimporten verbietet und deshalb eine "offene europäische Flanke der Preisbindung" bildete²⁾. Die bereits aus diesen beiden Gesichtspunkten heraus zu Recht aufgetauchte Frage, ob für eine gesetzliche Abschaffung des Preisbindungsprivilegs überhaupt noch ein praktisches Bedürfnis besteht³⁾, kann hier dahingestellt bleiben, da dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit gesetzlicher Regelungen ein weiter Freiheitsraum eingeräumt ist⁴⁾. Daß sich der Gesetzgeber der Frage bewußt war, zeigt jedoch der mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des GWB verabschiedete Entschließungsantrag⁵⁾, wonach die Bundesregierung aufgefordert wird, "nach Ablauf von 3 Jahren nach Beseitigung der Preisbindung für Markenartikel einen Bericht darüber vorzulegen, welche Erfahrungen mit den Vorschriften über unverbindliche Preisempfehlungen bei Markenwaren (§ 38 a) gemacht wor-

1) Markert, Preisbindung und Import, in: BB 1973, 638 ff. (639 f.)

2) Ebel, NJW 1973, 1579

3) Markert, BB 1973, 644, der die Frage wohl zu Recht bejaht.

4) Z.B. BVerfGE 4,7 (18)

5) BT-Drucksache 7/778 vom 13.6.1973

den sind", wobei dieser Bericht gegebenenfalls auch Vorschläge für notwendige Änderungen des Gesetzes enthalten soll. Ein solches Vorgehen ist nach allgemeiner Auffassung unbedenklich, da der Gesetzgeber gerade bei besonders schwierigen Gesetzgebungsgegenständen versuchsweise getroffene Anordnungen über eine längere Frist hinweg beobachten und für seine weiteren Entschlüsse auswerten darf¹⁾.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt sind in den einzeln erörterten Ergänzungen und Änderungen wie auch in den übrigen Novellierungen des GWB keine Anhaltspunkte erkennbar, wonach der Gesetzgeber sein aus Art.74 Nr.16 GG fließendes Gesetzgebungsrecht überschritten und entweder unmittelbar verfassungswidrige oder durch sachlich unbegründete Systembrüche²⁾ mittelbar verfassungswidrige Neuregelungen vorgenommen hätte. Vielmehr wird die Novellierung des GWB durchwegs als Verbesserung und als weiterer Schritt auf dem Weg zur Förderung einer wettbewerbspolitisch und gesellschaftspolitisch ausgewogenen, auf sozialen Ausgleich bedachten "limitierten" Marktwirtschaft angesehen³⁾, wobei es allerdings auch nicht an Stimmen fehlt, die auf Gefahren hinweisen, die der Marktwirtschaft möglicherweise von Einzelregelungen her oder in Teilbereichen drohen⁴⁾. Als Gesetzgebungsakt ist die

1) BVerfGE 16,147 (188)

2) S.o. S. 91 f.

3) So im Ergebnis auch Ebel, NJW 1973, 1577; Jaumann, BayVBl. 1974, S.29

4) Vgl.z.B. Möhring, Kontrahierungszwang nach neuem Kartellrecht, in: BB 1974, S.223 ff.(227) zur Erweiterung des Diskriminierungsverbots gem. § 26 Abs.2 GWB n.F., der vor einer Störung des dynamischen Wettbewerbs durch eine Erstarrung gegenwärtiger Marktpositionen warnt; dies wäre die Folge einer allzu weitherzigen Auslegung des § 26 Abs.2 S.2 GWB, die auch den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderliefe.

Novellierung des GWB das Resultat eines Prozesses demokratischer Meinungs- und Willensbildung und damit ein kompromißbehafteter und in hohem Maße politischer Vorgang¹⁾. Als solcher bietet das GWB "lediglich eine Chance, aber keine Garantie, um künstliche Beschränkungen des Wettbewerbs abzubauen oder die Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb zu schaffen"²⁾. Steht damit fest, daß der Gesetzgeber bisher von seinem Gesetzgebungsrecht kompetenzmäßigen Gebrauch gemacht hat, so ist dies nicht gleichbedeutend mit einer Antwort auf die Frage, ob er im Zuge der Wahrnehmung seines Gesetzgebungsrechts auch gleichzeitig sämtlichen, möglicherweise mit Art.74 Nr.16 GG implizit erteilten Gesetzgebungspflichten nachgekommen ist. An dieser Stelle stellt sich also die Frage, ob den Gesetzgeber über seine Gesetzgebungsrechte hinaus noch Gesetzgebungspflichten aus Art.74 Nr.16 GG treffen; ihr soll im folgenden nachgegangen werden.

B. Art.74 Nr.16 GG als Gesetzgebungspflicht

§ 16 Konkretisierung von Gesetzgebungspflichten aus Art.74 Nr.16 GG im Wege der Auslegung

Gesetzgebungspflichten erwachsen dem Gesetzgeber nur aus unbedingten Verfassungsbefehlen³⁾. Da die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes ausnahmslos indikativisch gefaßt sind, können sie keine kategorischen (ex-

1) Vgl. auch Biedenkopf, Zur Diskussion über ein neues Unternehmensrecht, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S.339 ff.(350), der gleichfalls meint, die "Politik einer wirksamen staatlichen Kontrolle wirtschaftlicher Macht" sei "bisher im großen und ganzen erfolgreich" gewesen.

2) Kilian, Marktinformationsverfahren und Wettbewerbsbeschränkungen, in: NJW 1974, 289 ff. (295)

3) S.o. S. 33,35 ff.

pliziten), sondern lediglich unbedingte, implizite Verfassungsbefehle erteilen. Da sich solche unbedingten, impliziten Verfassungsbefehle wegen ihrer indifferenten sprachlichen Form nicht von selbst als Imperative an den Gesetzgeber zu erkennen geben, müssen sie erst im Wege der Verfassungsinterpretation verdeutlicht werden¹⁾.

1. Objektiv-teleologische, grammatische und historische Auslegung der Kompetenz

Normzweck aller bundesstaatlichen Zuständigkeitsbestimmungen und auch des Art.74 Nr.16 GG ist primär die Aufteilung von Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern, sekundär die Kompetenzzuweisung, von der Zuständigkeit Gebrauch machen zu können²⁾. Insoweit führen objektiv-teleologische und grammatische Interpretationsmethode über eine Ermächtigung zur Gesetzgebung nicht hinaus.

Auch die Materialien zum Grundgesetz und seine Entstehungsgeschichte bieten keine Anhaltspunkte für die Statuierung von Gesetzgebungspflichten in Kompetenzbestimmungen; teilweise verneinen sie dies sogar ausdrücklich³⁾. Eine historische Auslegung kommt deshalb gleichfalls nur zu dem Ergebnis, daß der materielle Inhalt des Art.74 Nr.16 GG in einer primären Ordnungs- und einer sekundären Ermächtigungsfunktion besteht; mehr läßt sich auch ihr nicht entnehmen.

1) S.o.S. 37 ff.

und auch Denninger, JZ 1966, S.768

2) Pestalozza, Garantiegehalt, S.183

3) Vgl. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, S.29

2. Das Interpretationsprinzip der Einheit der Verfassung

Objektiv-teleologische, grammatische und historische Auslegung dürfen aber bei der Interpretation nicht isoliert betrachtet werden, sondern stehen in Zusammenhang mit den Interpretationsprinzipien und dort insbesondere mit dem Prinzip der Einheit der Verfassung¹⁾; danach sind insbesondere die Grundrechte²⁾ und die Verfassungsprinzipien zur Interpretation heranzuziehen, um Wesen und Gewicht der Einzelnorm im materialen Gesamtzusammenhang der Verfassung zu bestimmen.

a) Die Einzelgrundrechte als Interpretationsgesichtspunkte

Daß die Einzelgrundrechte für sich allein keinen verfassungsrechtlichen Schutz des einzelnen vor der sozialen Übermacht Privater im Sinne eines status socialis positivus³⁾ und insbesondere vor dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht gewähren, wurde in anderem Zusammenhang bereits dargelegt⁴⁾; daraus folgt, daß sich aus den Grundrechten für sich allein auch keine implizite Handlungspflicht des Gesetzgebers herleiten läßt⁵⁾, den ein-

1) Vgl. hierzu für viele Hesse, Grundzüge, S.28; ebenso Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S.77; Pestalozza, Garantiegehalt, S.180

2) Maunz, in: Maunz-Dürig, Herzog, Art.2 Abs.1 Rdnr.71

3) So aber Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Rechtsgutachten 1951, Kurzabdruck BB 1951, S.282 ff.

4) S.o. S. 82 ff. Vgl. Hierzu auch die ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage der Drittwirkung der Grundrechte bei Hesse, Grundzüge, S.145 ff. m.w.N.

5) Anders wohl im Ergebnis Nawiasky, in: Nawiasky-Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, S.178; danach ist es ein "ernstes Anliegen an das Staatsgrundgesetz", dem einzelnen auch vor dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht durch andere Individualpersonen oder gesellschaftliche Gebilde Schutz zu gewähren.

zeln vor dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht durch private Dritte und damit die reale Ausübung der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit des einzelnen bzw. die Möglichkeit ökonomischer Leistungsoptimierung in Gestalt des Wettbewerbs zu schützen. Als Interpretationsgesichtspunkte bleiben aber auch die Einzelgrundrechte, zumal in ihrer Ausprägung als institutionelle objektive Rechtsaussagen mit dem Ziel der Verwirklichung persönlicher Freiheit durch staatliche "Vorgehen für die Erfüllung der grundrechtlichen Gebote"¹⁾, in vollem Umfang relevant.

b) Rechts- und Sozialstaatsprinzip als Interpretationsgesichtspunkte

Auch den Verfassungsprinzipien - und allen voran dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip - lassen sich, isoliert betrachtet, unmittelbar verbindliche Handlungspflichten des Gesetzgebers, sei es als individueller Leistungsanspruch, sei es als Pflicht gegenüber der Allgemeinheit, grundsätzlich nicht entnehmen²⁾. Jedoch sind auch sie als Interpretationsgesichtspunkte für die Konkretisierung anderer Verfassungsnormen von wesentlicher Bedeutung³⁾.

Art. 74 Nr. 16 GG muß daher einmal in seinem grundrechtlichen Bezug, zum anderen in seiner strukturellen Verwobenheit mit dem Sozial- und Rechtsstaatsprinzip gesehen werden. Freiheitsgewährende und schrankenbestimmende Funktionen des kompetentiellen Regelungsbereiches

1) Scheuner, Gewährleistungen, S. 325

2) S.o.S. 13 ff.

3) Vgl. W. Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Der Staat (1965), S. 409 ff. (430) zu der vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung hervorgehobenen Bedeutung des Sozialstaatsprinzips als Auslegungsgrundsatz.

von Art.74 Nr.16 GG wurden dabei in bezug auf die Grundrechte bereits bei der Ausgrenzung des Gesetzgebungsrechts erörtert¹⁾; jedoch gehen die dort gewonnenen Konkretisierungen höchstens Hinweise auf unmittelbar verbindliche gesetzliche Regelungspflichten zum Schutz der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit, der Wettbewerbsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit wie auch der Vertragsfreiheit, konkretisieren diese aber in keiner Weise.

Auch das Sozialstaatsprinzip und das Rechtsstaatsprinzip können, für sich allein betrachtet, Rückschlüsse auf implizite, d.h. bei der Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzerteilung "mitgemeinte" Verfassungsbefehle zu gesetzgeberischem Tätigwerden allenfalls als Hypothese rechtfertigen. Dabei ist es in diesem Zusammenhang besonders das Sozialstaatsprinzip, das besonderer Erörterung bedarf.

3. Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Konkretisierung von Gesetzgebungspflichten aus Art.74 Nr.16 GG

Zwischen der Garantie für bestimmte, vorhandene sozialstaatliche Institutionen (z.B. Sozialversicherung, Kriegsopferversorgung)²⁾ und der allgemeinen Ermächtigung des Gesetzgebers zur Aufrichtung neuer sozialer Ordnungen³⁾ als den Grenzmarken einerseits einer bewahrenden, andererseits einer zukunftsgerichtet gestaltenden Sozialstaatlichkeit liegt der Teilinhalt der Sozialstaatsklausel, der den Gesetzgeber zur Beseitigung sozialer Mißstände anhält und der seine Impulse sowohl aus der bewahrenden, wie auch aus der gestaltenden Tendenz des Sozialstaatsprinzips bezieht. Wenn es sich bei diesem Teilbereich des Sozialstaatsprinzips auch im Verhältnis zum

1) S.o. S. 92 ff.

2) Vgl. Hesse, Grundzüge, S.86 f.

3) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.231 f.

Bürger um einen "Reflex" handelt, so ist dieser Aspekt des Sozialstaatsprinzips dennoch in einem "Wachstumsprozeß"¹⁾ leistungsstaatlicher Teilinhalte begriffen - und das nicht nur im Hinblick auf die Freiheitsverbürgungen der Grundrechte, sondern auch im Hinblick auf materielle Inhalte im organisatorischen Teil der Verfassung.

a) Leistungsstaatliche Tendenzen des Sozialstaatsprinzips

In diesem Zusammenhang ist nochmals auf die Überwindung des Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft zurückzukommen²⁾, aus der sich auch die Wandlung des modernen Staates vom bürgerlichen Rechtsstaat zum Leistungsstaat erklärt. Die soziologischen Wandlungen durch Industrialisierung und Pluralisierung, die die Grenzlinien zwischen "staatsfreien" Räumen autonomer gesellschaftlicher Auseinandersetzung im weitesten Sinne und "staatsbezogenen" Schutzfunktionen grundrechtlicher Freiheitsräume gegen staatliche Eingriffe weitgehend verwischt haben, erlauben es nicht mehr, die Bedrohung grundrechtlicher Freiheiten nur einseitig im Verhältnis Bürger-Staat zu suchen³⁾; sie wird heute allgemein auch für die ehemals als autonom betrachteten gesellschaftlichen Strukturbereiche gesehen⁴⁾. Dieser Umstand hat den Ge-

1) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S.102

2) S.o. S. 13 ff.

3) Vgl. hierzu umfassend Klein, Stichwort: Daseinsvorsorge, Leistungsverwaltung, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp.269 ff.

4) Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: Festschrift für Smend, S.47; Hesse, Grundzüge, S.8 f., insbesondere aber S.85; vgl. hierzu auch oben S.

gesetzgeber in immer größerem Umfang vor das Problem gestellt, der Selbstregulierung nicht mehr fähige, bis dahin staatsfreie Bereiche gestaltend zu regeln. Dafür reichte das Instrumentarium des bürgerlichen Rechtsstaates, das sich im wesentlichen in der Kontrolle des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung erschöpfte¹⁾, aber nicht mehr aus; die Folge war eine immer stärkere Verlagerung staatlicher Betätigung weg von reinen Kontroll- und Eingriffsfunktionen und hin zu einer aktiv leistungsstaatlichen Sozialgestaltung in Form organisatorischer, d.h. planender und lenkender Leistungsgesetze, die heute den Schwerpunkt gesetzgeberischer Tätigkeit bilden²⁾. Auch leistungsstaatliche Betätigung steht dabei aber unter dem allgemeinen Vorbehalt materieller Gerechtigkeit und insbesondere des Willkürverbots und erfährt ihre Inhaltsbestimmung nicht allein durch ein Verständnis der grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen auch als objektive Ordnungselemente staatlicher Betätigung, sondern in erster Linie durch die aus dem Sozialstaatsprinzip heraus sich entwickelnden leistungsstaatlichen Aufgaben³⁾, die sich vielfach erst aus den materiellen Aussagen im organisatorischen Teil der Verfassung konkretisieren lassen.

b) Kompetenzen als leistungsstaatliche Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips

Die konstitutiven Inhalte von Kompetenzzuweisungen erweisen sich in diesem Zusammenhang als besonders be-

1) Klein, Evangelisches Staatslexikon, Sp.269

2) Leistungsgesetze geben sich vielfach bereits terminologisch durch Begriffe wie "Sicherung", "Förderung" oder "Hilfe" zu erkennen; vgl.hierzu Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.46 m.w.N.; von der Gesetzestypologie her erscheinen sie vor allem als Maßnahmegesetze, aber auch als Plan- und Lenkungsgesetze; insbes.für die Steuerungsgesetze sieht Häberle, aaO., S.49 ff. die größte Zukunft im Rahmen leistungsstaatlicher Betätigung.

3) Klein, Evangelisches Staatslexikon, Sp.272; im Ergebnis ebenso H.P.Bull, Staatsaufgaben, S.334

deutsam, weil in einem immer einseitiger von einer pluralistischen Massengesellschaft getragenen Industriestaat, in dem die gesellschaftlichen Kräfte weitgehend den Staat formen und der Staat immer weitgehender die gesellschaftlichen Kräfte integriert, grundrechtliche Freiheiten nicht mehr allein durch Freiheit vor dem Staat zu sichern sind¹⁾; vielmehr wird in einem in dieser Weise sich integrierenden Gemeinwesen die Sicherung und Realisierung individueller Freiheit zum staatlichen Leistungsinhalt, wo sich der einzelne nicht mehr selbst gegen soziale Übermacht - und das ist Wirtschaftsmacht in besonderem Maße - schützen kann. Diese Leistungsinhalte konkretisieren sich aber nicht so sehr in staatsgerichteten Grundrechtsverbürgungen oder begrifflich weit gefaßten Verfassungsprinzipien, sondern in erster Linie in konstitutiven Kompetenzinhalten im Rahmen der Gesamtverfassung.

Besondere Bedeutung gewinnt diese Erkenntnis beispielsweise für die Tatsache, daß soziale Freiheit für die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung nicht mehr eine Funktion des Eigentums ist²⁾, sondern eine Funktion der Arbeit³⁾, und daß sich damit eine Erweiterung des herkömmlichen Eigentumsbegriffs auf die Arbeitskraft des einzelnen vollzogen hat; diese ist aber vor Ausnutzung und Mißbrauch durch einen privaten Arbeitgeber ebenso

1) Scheuner, DÖV 1971, 511

2) Zum Funktionswandel des Eigentums in der Industriegesellschaft schon Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL 10 (1952), S.74 ff.(83 ff.), sowie Scheuner, ebenda, S.154

3) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.101; ebenso Sandler, Zum Wandel der Auffassung vom Eigentum, in: DÖV 1974, 73 ff. (75); vgl. auch Badura, Die Verfassung als Auftrag, in: Wirtschaftsrecht, Heft 1/1974, S.4

zu schützen wie vor staatlichen Eingriffsmaßnahmen¹⁾. Diese Schutzpflicht ergibt sich aber nicht direkt aus Art.14 Abs.1 GG, sondern aus der Kompetenzzuweisung des Art.74 Nr.12 GG als einer Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips; die Kompetenz ist es, die Maßnahmen zur Verhütung und zur Beseitigung von Grundrechtsdefiziten nicht nur legitimiert und garantiert, sondern als unentbehrlichen Beitrag des Staates zur Grundrechtsaktualisierung auch postuliert. Diese gesetzlichen Aktualisierungen im Bereich des Arbeitsrechts reichen vom Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht bis hin zum kollektiven Betriebsverfassungs-, Tarifvertrags- und Schlichtungsrecht²⁾. Nur so kann im Falle des Arbeitsrechts der in der Verfassung verankerte objektiv-rechtliche freiheitliche Gesamtzustand über den "vom Staat" freien Zustand hinaus realisiert und gesichert werden³⁾. Nichts anderes gilt beispielsweise für die neu geschaffene Gesetzgebungskompetenz des Art.74 Nr.19 a GG zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser⁴⁾; sie wird als eine der "neuartigen leistungsstaatlichen Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips"⁵⁾ angesehen, wie überhaupt die Ausschöpfung alter wie auch neu geschaffener Kompetenzen durch den Gesetzgeber eine "Antwort auf das Versagen einer exzessiven Leistungsgesellschaft" zu sein scheint⁶⁾. Derartige Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips lenken daher zum einen die

1) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.102

2) Vgl. E.R.Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S.20; siehe ferner auch Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.II/1, S.39 ff.

3) Hesse, Grundzüge, S.149

4) Eingeführt durch verfassungsänderndes Gesetz vom 12.5.1969 (BGBl. I S.363)

5) Häberle, aaO., S.46

6) Häberle, aaO., S.65

Freiheitsrechte des Grundrechtsteils in ihrer Ausprägung als objektivrechtliche Grundlagen der Gemeinschaftsordnung¹⁾ in die Richtung "sozialer" Freiheit und erteilen zum anderen ein Mandat zu staatlicher Sozialpolitik²⁾, indem sie "schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maße" zu verwirklichen suchen³⁾; das Sozialstaatsprinzip und der Gleichheitssatz des Art.3 GG sind der Vorbehalt, unter dem sich Freiheit "sozial" entfalten kann⁴⁾.

Unter den konstitutiven Verfassungsinhalten außerhalb des Grundrechtsteils sind es vor allem die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes mit dynamischem, gegenwartsbezogenem und zukunfts offenem Regelungsbereich, aus denen das Sozialstaatsprinzip leistungsstaatliche Konkretisierungen erfährt. Leistungsstaatliche Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips im organisatorischen Teil der Verfassung sind deshalb in neuerer Zeit auch verstärkt im Wege verfassungsändernder Gesetze vorgenommen worden⁵⁾, was ein Zeichen für die erhöhte Be-

-
- 1) Diese Bedeutung grundrechtlicher Gewährleistungen über ihre Qualifikation als subjektive Abwehrrechte hinaus ist heute fast einhellig anerkannt; für viele: Hesse, Grundzüge, S.124; Scheuner, DÖV 1971, S.505 ff. (510,513); ders.: Gewährleistungen, S.324 f.
 - 2) Stern, Stichwort: Sozialstaat, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp.2091 ff. (2093)
 - 3) So schon BVerfGE 5,85 (206)
 - 4) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.92, unter Berufung auf Hensel
 - 5) So z.B. die Änderung von Art.74 Nr.13 GG("Regelung der Ausbildungsbeihilfen") und die Einführung von Art.74 Nr.19a ("wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser...") durch Gesetz v.12.5.1969 (BGBl.I S.363); oder die Einfügung der Art.91a und 91b in das Grundgesetz durch Gesetz vom 12.5.1969 (BGBl.I S.539); insbes. aber auch die Änderung von Art.109 GG durch Gesetz vom 8.6.1967 (BGBl.I

deutung ist, die ihnen im sozialen Rechtsstaat mit pluralistisch strukturierter Massengesellschaft beigemessen wird; jedoch sind sie auch von Anfang an im Grundgesetz zu finden: so kommen vor allem in Art.74 Nr.6,7, 10,12,16,20 GG mehr oder weniger deutlich sozialstaatliche Leistungsinhalte zum Ausdruck.

c) Grenzen sozialstaatlicher Leistungsinhalte der Verfassung

Die sozialstaatlichen Leistungsinhalte dürfen aber in ihrer Normativität auch nicht zu weit ausgedehnt werden; denn die Grundrechte beinhalten nicht nur Abwehrrechte des Bürgers im status negativus gegen Eingriffe des Staates, sondern auch Abwehrrechte vor zuviel Leistung und Fürsorge, wenn der einzelne dadurch seines eigenverantwortlichen Selbstbestimmungsrechts enthoben und staatlich verordneter Sicherheit unterworfen zu werden droht. Wird dem einzelnen nämlich die individuelle Lebenssicherung vom Staat abgenommen, so bedeutet dies nicht mehr "soziale" Freiheit, sondern Unfreiheit durch Abhängigkeit von der staatlichen Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft¹⁾.

d) Lösung des Zielkonflikts zwischen sozialer Sicherheit und sozialer Freiheit

Dieser Zielkonflikt leistungsstaatlicher Sozialgestaltung kann nur bewältigt werden, wenn sich ein ausgewogenes Verhältnis zwischen sozialer Sicherheit und sozia-

S.581) sowie die Änderung des Art.109 Abs.3 GG durch Gesetz vom 12.5.1969 (BGBl.I S.357)

1) So auch im Ergebnis Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.97 f.; ebenso Klein, Evangelisches Staatslexikon, Sp.272,274; vgl. auch Hesse, DÖV 1975, S.437 ff. (441), der von einer "Ambivalenz des Sozialstaats als Bedingung und Bedrohung von Freiheit" spricht.

ler Freiheit herstellen und erhalten läßt. In diesem Sinne bleibt deshalb dem Gesetzgeber durch das Sozialstaatsprinzip ein allgemeiner Auftrag zur sozialen Befriedung¹⁾ des Gemeinwesens aufgegeben, wobei der fakultativen gesetzgeberischen Tätigkeit durch das Rechtsstaatsprinzip²⁾ und die Wesensgehaltsgarantien der Grundrechte Grenzen gezogen sind³⁾; denn unabdingbare Voraussetzung des Rechtsstaats, auch und ganz besonders im leistungsstaatlichen Bereich, ist neben dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken das Prinzip der Rechtssicherheit; denn eine rechtlich ungebundene Sozialgestaltung bietet zwar vielleicht subtilere, keinesfalls aber weniger wirksame Möglichkeiten staatlicher Einflußnahme auf den Bürger als unmittelbare Eingriffe in seine

1) Hesse, Grundzüge, S.86

2) Daß der Gesetzgeber offenbar nicht immer über das rechte Augenmaß verfügt und sich mitunter an den Grenzen der Rechtsstaatlichkeit bewegt, zeigt ein von Kloss, Die Grenzen des Sozialstaates, in: Genossenschaftsforum, Heft 11/1974, S.6 f. angeführtes Beispiel, wonach die verschiedenen staatlichen Zuschüsse und steuerlichen Erleichterungen für einkommensschwache Bevölkerungsteile zu dem paradoxen Ergebnis führen, daß z.B. eine Familie mit einem monatlichen Bruttoeinkommen von DM 1.400,-- über mehr Geld netto verfügt als eine Familie, deren Bruttoeinkommen DM 2.600,-- beträgt und die wegen der Höhe dieses Einkommens keine der vielfältigen Vergünstigungen erhält. Hier zeigt sich besonders deutlich die Gefahr, in dem Bestreben sozialer Befriedung neue soziale Ungerechtigkeiten zu schaffen.

3) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.102: "der 'Wachstumsprozeß' des Sozialleistungsprinzips darf nicht auf Kosten des Rechtsstaats gehen"; vgl. hierzu auch Siecken, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes in Literatur und Rechtsprechung, S.141 ff. (165).

Rechtssphäre¹⁾. Insgesamt ergibt sich daraus, daß ein pauschales Verständnis des Sozialstaatsprinzips als objektives, keine subjektiven Ansprüche auslösendes Verfassungsprinzip sein Wesen ebensowenig trifft wie eine generelle Annahme subjektiver Leistungsansprüche²⁾; seine normierende Kraft ist vielmehr "differenziert" und ergibt sich jeweils als Einzelergebnis aus dem wirklichkeitsorientierten und für zukünftige Entwicklungen offenen Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen³⁾. Auch im Leistungsstaat kann das Sozialstaatsprinzip aber für sich allein subjektive Teilhaberrechte und Leistungsansprüche nicht begründen, sondern lediglich in Verbindung mit anderen Verfassungsbestimmungen staatliche Leistungspflichten gegenüber einzelnen oder Handlungspflichten gegenüber der Allgemeinheit konkretisieren.

Auch in diesem Zusammenhang spielt es dabei keine Rolle, wo solche Verfassungsbestimmungen räumlich angesiedelt sind; sie finden sich ebenso im Grundrechtsteil der Verfassung wie in den Organisationsbestimmungen; insbesondere die beiden folgenden Beispielsfälle sind geeignet, dies zu verdeutlichen.

e) Leistungsstaatliche Gesetzgebungspflichten im Grundrechtsteil der Verfassung: Art. 7 Abs. 4 GG

Wo die Verfassung selbst leistungsstaatliche Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips in der Weise vornimmt, daß sie bestimmte Regelungsgegenstände gesondert einer gesetzgeberischen Sozialschlichtung anvertraut, die damit über den objektiven Rechtsgrundsatz des Ausgleichs sozialer Gegensätze hinaus eine besondere Hervorhebung erfahren, gibt sie nicht nur Richt-

1) Hesse, Grundzüge, S. 87

2) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 94 f.

3) Häberle, aaO., S. 95

punkte, wie der Gesetzgeber im Falle seines Tätigwerdens eine soziale Gestaltung vornehmen kann, sondern verpflichtet ihn dazu.

Dies gilt einmal für den grundrechtlichen Bereich, wie in der Frage der Finanzierung privater Ersatzschulen¹⁾ bereits angedeutet wurde²⁾; zwar wurde die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes³⁾ abgelehnt, daß sich ein Subventionsanspruch allein aus dem Sozialstaatsprinzip herleiten lasse⁴⁾; jedoch hat sich eine Interpretation des Art.7 Abs.4 einmal für faktische Entwicklungen zu öffnen und offen zu halten, wie auch dem Grundsatz der Einheit der Verfassung Rechnung zu tragen. Dies führt zu dem Ergebnis, daß unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit auch im Bildungswesen und des Sozialstaatsprinzips der Staat nicht die Einrichtungsgarantie privater Ersatzschulen ohne formellen Verfassungsverstoß dadurch faktisch beseitigen darf, daß er das Leistungsniveau seiner eigenen Schule mit entsprechendem finanziellen Aufwand (verfassungsgewollt) optimiert und die privaten Ersatzschulen wegen ihrer geringeren finanziellen Leistungsfähigkeit wirtschaftlich zur Aufgabe oder zu einer entsprechenden finanziellen Beteiligung der Schüler bzw. Eltern zwingt, was hinwiederum zu einem (von Verfassungen wegen verbotenen, vom Staat jedoch provozierten) sozialen Ausleseprozeß führen würde. Konsequenterweise ist es dem Staat deshalb im privaten Ersatzschulbereich nicht nur verboten, diese Schulen als Einrichtungsgarantie anzutasten, sondern er

1) Daß dieses Ergebnis - gerade im Hinblick auf die differenzierte Normativität des Sozialstaatsprinzips - nur für den Bereich der privaten Ersatzschulen, nicht aber für den gesamten Privatschulbereich Gültigkeit hat, sei ausdrücklich betont.

2) S.o. S.

3) BVerwGE 27,364

4) S.o, S. 41 ff.

ist darüber hinaus verpflichtet, sie aktiv dadurch zu erhalten, daß er ihnen ermöglicht, dasselbe Leistungsniveau zu erreichen und zu halten, auf dem auch die staatlichen Schulen stehen. Staatliche Passivität hätte in diesem Fall ein "Grundrechtsdefizit"¹⁾ zur Folge, unter dem sich ein individueller grundrechtlicher Freiheitsraum unter wirklichkeitsorientierten Sozialstaatsgesichtspunkten in einen Leistungsanspruch²⁾ verwandeln würde. Deshalb beinhaltet Art.7 Abs.4 Satz 3 GG - und nicht das Sozialstaatsprinzip - als sozialstaatlicher Leistungsanspruch für den Gesetzgeber einen impliziten und unbedingten Verfassungsbefehl, durch Steigerung des Leistungsniveaus staatlicher Schulen etwa entstehende Nachteile für Privatersatzschulen auszugleichen. Dabei bleibt der Gesetzgeber aber grundsätzlich frei in der Wahl seiner Mittel, wenn auch gerade im Fall des Art.7 Abs.4 Satz 3 GG die Subventionierung durch Geldleistung zwar faktisch als das einzig wirksame, nicht aber als das rechtlich einzig mögliche Mittel erscheint.

- f) Leistungsstaatliche Gesetzgebungspflichten im organisatorischen Teil der Verfassung: Art.74 Nr.16 GG

Können sich daher im Grundrechtsbereich angesiedelte gleichzeitig individuell freiheitsverbürgende und objektiv institutionelle Verfassungsbestimmungen unter bestimmten, wirklichkeitsorientierten und sozialstaatlichen Aspekten zu gesetzgeberischen Handlungspflichten

1) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.68 f.

2) In Art.7 Abs.4 GG wird die individualrechtliche Komponente als Grundrecht auf Errichtung privater Schulen und die objektivrechtliche Komponente als Garantie der Privatschule als Einrichtung (Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.7 Rdnr.64) besonders deutlich; ein Leistungsanspruch ergibt sich dabei allein für den individualrechtlichen Teilinhalt, während staatliche Handlungspflichten sowohl hinsichtlich der Befriedigung individueller Leistungsansprüche als auch der Erhaltung der Einrichtungsgarantie entstehen.

verdichten, so gilt dies in gleicher Weise von Verfassungssätzen im organisatorischen Teil des Grundgesetzes soweit sie konstitutive Aussagen machen und nicht nur materielle Grundrechtsgehalte wiederholen. Dies gilt insbesondere für den Regelungsbereich des Art. 74 Nr. 16 GG in seiner bereits aufgezeigten engen wechselseitigen Verwobenheit mit den grundrechtlichen Verbürgungen und den Verfassungsprinzipien¹⁾. Auch die ausdrückliche Kompetenzzuweisung zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung beinhaltet eine leistungsstaatliche Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips²⁾ für den Abbau individueller Freiheitsdefizite und mithin zur Realisierung und Sicherung einer möglichst weitgehenden sozialen Freiheit aller. Eine derartige Konkretisierung gibt aber im Leistungsstaat nicht mehr lediglich den Gestaltungsbereich tangierende Richtlinien im Falle eines gesetzgeberischen Tätigwerdens, sondern erteilt einen unbedingten (impliziten) Verfassungsbefehl an den Gesetzgeber zur Aktualisierung der Grundrechte in ihrer Funktion als objektive Ordnungselemente des Staatswesens im Regelungsbereich der Kompetenz.

4. Aktuelle Gesetzgebungspflichten

Damit ist Art. 74 Nr. 16 GG aber nicht nur Legitimation des gesetzgeberischen Handelns, sondern auch Verpflichtung zur Gesetzgebung; jedoch darf der Umfang dieser Pflicht nicht überschätzt werden. Nachdem verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten Ausnahmen vom Grundsatz der gesetzgeberischen Initiativfreiheit darstellen, sind sie restriktiv auszulegen³⁾. Das bedeutet, daß sich die Gesetzgebungspflicht allein schon vom Wortlaut der

1) S.o. S. 76 ff.

2) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 46

3) S.o. S. 60 ff.

Norm her abgrenzen läßt: lediglich "Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung" ist verfassungsmäßig gefordert, so daß von der Gesetzgebungspflicht aus Art.74 Nr.16 GG nur repressive Maßnahmen im Mißbrauchsbereich wirtschaftlicher Machtausübung erfaßt werden, während präventive Maßnahmen im Mißbrauchsbereich wie im Gebrauchsbereich wirtschaftlicher Macht lediglich legitimiert, nicht aber postuliert sind.

Darüber hinaus behält der Gesetzgeber gerade bei der Erfüllung impliziter Verfassungsbefehle weitgehende Freiheit, auf welchem Wege er das Regelungsziel zu erreichen sucht¹⁾. Die Verfassung verwendet aus Gründen notwendiger Elastizität und sachbedingter begrifflicher Offenheit in weitem Umfang unbestimmte Rechtsbegriffe und hat auch speziell im Hinblick auf die Ausgestaltung einer von Art.74 Nr.16 GG geforderten Wettbewerbsgesetzgebung das Regelungsziel "Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung" nur in Form eines unbestimmten Rechtsbegriffs festlegt. Daher ist der Weg dorthin dem Gesetzgeber im verfassungsmäßigen Rahmen freigestellt, so daß sich bei der umfassenden Kompetenzwahrnehmung aus Art.74 Nr.16 GG durch den Bundesgesetzgeber nicht positiv bestimmen läßt, welche der getroffenen Regelungen des GWB dem Bereich der Gesetzgebungspflichten zuzurechnen und welche Regelungen lediglich im Rahmen des Gesetzgebungsrechts verfassungsmäßig legitimiert sind. Da für jedes Regelungsziel mehrere Wege denkbar sind, auf denen es erreicht werden kann, lassen sich bestimmte gesetzgeberische Pflichtbereiche nur negativ und auch nur dann bestimmen, wenn noch ausfüllungsbedürftige Leistungsdefizite offenstehen. Konkret bedeutet dies z.B., daß die bei der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführte vorbeugende Fu-

1) S.o. S.40

sionskontrolle (§§ 24 - 24 b GWB)¹⁾ eine präventive Regelung im Gebrauchsbereich darstellt, die damit eine Reihe von repressiven Maßnahmen im Mißbrauchsbereich überflüssig macht. Denn bereits auf diesem Wege kann ein wirksamer Schutz erreicht werden. Insbesondere bei impliziten Verfassungsbefehlen sind daher die Pflichten des Gesetzgebers enger zu fassen als seine Normierungsrechte; sie bleiben auf Minimalanforderungen beschränkt, soweit der Gesetzgeber diesen nicht bereits im Zuge seiner Gestaltungsfreiheit im Bereich seines Gesetzgebungsrechts nachgekommen ist. Wie weiter oben gezeigt wurde²⁾, ist der Gesetzgeber bei der weitgehenden Ausschöpfung seines Gesetzgebungsrechts aus Art. 74 Nr. 16 GG mit den von ihm eingeschlagenen Regelungswegen auf dem Boden der Verfassung geblieben und hat dabei gleichzeitig seiner sozialstaatlichen Pflicht zur Verwirklichung und Erhaltung "sozialer" Freiheit für den einzelnen auch gegenüber wirtschaftlicher Übermacht Rechnung getragen und Defizite im Rahmen des derzeit faktisch und politisch Möglichen abgebaut. Jedenfalls sind keine Teilbereiche ersichtlich, in denen der Gesetzgeber seiner aktuellen Normierungspflicht aus Art. 74 Nr. 16 GG nicht oder in unzureichendem Umfang nachgekommen wäre.

5. Gesetzgebungspflicht im "Wachstumsprozeß" leistungsstaatlicher Sozialvorstellungen

Dieses Ergebnis bedeutet jedoch keine Festschreibung für die Zukunft und darin liegt im Falle des Art. 74 Nr. 16 GG seine eigentliche Bedeutung; denn die Verfassung bleibt als Grundordnung des Gemeinwesens nicht unberührt von historischen Wandlungen und Differenzierungen der Lebensverhältnisse in diesem Gemeinwesen, sei

1) Im einzelnen hierzu Ebel, NJW 1973, 1666 ff.

2) S.o. S. 113 ff.

es auf politischem, auf wirtschaftlichem oder auf gesellschaftlichem Gebiet¹⁾. Die Wandlungen tatsächlicher Lebensverhältnisse wirken auf das Verfassungsverständnis und damit die Verfassungsauslegung ein²⁾. Dabei verlaufen die Grenzen eines Verfassungswandels im Wege der Verfassungsinterpretation dort, wo der Sinn der normativen Regelung und ihr klarer normierender Wille nicht mehr erhalten bleiben³⁾, wo das Interpretationsergebnis Verfassungsdurchbrechung oder Verfassungsänderung bedeuten würde⁴⁾. Innerhalb dieser Grenzen sind aber auch die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes einem Bedeutungswandel zugänglich⁵⁾, der vor allem auf dem "Wachstumsprozeß" leistungsstaatlicher Sozialvorstellungen beruht und der sich auch in Zukunft fortsetzen wird⁶⁾. Es ist deshalb wahrscheinlich, daß sich durch einen weiteren Wandel der tatsächlichen sozialen Lebensverhältnisse und damit verbundene gesellschaftliche Strukturwandlungen aus Art. 74 Nr. 16 GG neue oder andere Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips ergeben werden, die dann vom Gesetzgeber neue Maßnahmen zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung verlangen; diese befinden sich heute noch außerhalb des

1) Scheuner, Gewährleistungen, S. 338

2) Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 15

3) Hesse, aaO. S. 16; ders.: Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, S. 122 ff. (139)

4) Hesse, Grundzüge, S. 30

5) Scheuner, Gewährleistungen, S. 339 m.w.N.

6) Diese Tendenz wird gerade auch im Bereich von Art. 74 Nr. 16 GG deutlich, wo die dem Gesetzgeber freistehende politische Entscheidung längst dahin gefallen ist, die Freiheitsrechte des mächtigen Wirtschaftssubjekts in ein reziprokes Verhältnis zu seiner Wirtschaftsmacht zu setzen; unter anderem zielt auch die Einführung der vorbeugenden Fusionskontrolle in diese Richtung.

verfassungsrechtlichen Blickfelds und fänden möglicherweise aus heutiger Sicht keine verfassungsrechtliche Legitimierung, wie sie auch derzeitigen politischen Opportunitätsgesichtspunkten schwerlich entsprächen.

§ 17 Durchsetzbarkeit kompetentieller Gesetzgebungspflichten

Nicht vertieft werden kann in diesem Zusammenhang die Frage nach der Durchsetzbarkeit kompetentieller Gesetzgebungspflichten. Für sie ist es von Bedeutung, ob es sich bei ihnen um Verpflichtungen des Gesetzgebers gegenüber der Allgemeinheit - d.h. gegenüber dem Staat¹⁾ - handelt, oder ob sie Pflichten gegenüber dem einzelnen Bürger begründen. Mit der ganz herrschenden Meinung ist davon auszugehen, daß Gesetzgebungspflichten grundsätzlich nur eine Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit begründen können und für den einzelnen nur einen objektivrechtlichen Reflex darstellen²⁾. Ausnahmen bilden lediglich die Verfassungsbefehle, die sich direkt aus Grundrechten ergeben, wie z.B. Art.6 Abs.5 GG oder der Anpassungsbefehl des Art.117 Abs.1 GG³⁾; nur solche Verfassungsbefehle, die unmittelbar den Grundrechten zu entnehmen sind, können für den einzelnen einen subjektivi-

1) Vgl. Kalkbrenner, DÖV 1963,46

2) BVerfGE 13,54 (96), sowie Lechner, NJW 1955, 1818; Schmidt-Bleibtreu, DÖV 1962,105 ff. (106, Fußn.9); Seiwert, Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, S.103; Kalkbrenner, DÖV 1963,46; Denninger, JZ 1966, 772, der im übrigen zu Recht darauf hinweist, daß die Pflichtigkeit "nur" gegenüber der Allgemeinheit der staatsrechtlichen Verpflichtung des Gesetzgebers nichts von ihrem Rechtscharakter nimmt. Die Verpflichtung bleibt konkret, eine Entscheidung fällt nur hinsichtlich der Anspruchsberechtigung.

3) Denninger, JZ 1966,772; Kalkbrenner, DÖV 1963,45

ven Anspruch begründen.

Nach dieser Unterscheidung begründen daher in den Kompetenzbestimmungen implizit enthaltene Verfassungsbe-
fehle lediglich Gesetzgebungspflichten gegenüber der
Allgemeinheit. Das ergibt sich zusätzlich aber auch
daraus, daß zwar zwischen Grundrechten und Kompeten-
zen ein enger Zusammenhang besteht, daß die materiel-
len Bezüge aber vor allem mit den objektiven, institu-
tionellen Grundrechtsaussagen bestehen, nicht aber mit
ihren subjektiven, vorwiegend staatsgerichteten Gewähr-
leistungen. Wegen ihrer indifferenten äußeren Form er-
halten die impliziten kompetentiellen Verfassungsbefeh-
le ihre Gestalt erst in der Zusammenschau mit diesen
objektiv freiheitsverbürgenden Grundrechtsaussagen und
den leistungsstaatlichen Aspekten des Sozialstaatsprin-
zips und überlassen die Maßnahmen zur Erfüllung der
Gesetzgebungspflicht zu weitgehend dem gesetzgeberi-
schen Gutdünken, um diese Pflicht als subjektives Recht
justitiabel zu machen¹⁾. Auch Art. 74 Nr. 16 GG kann da-
her nur Gesetzgebungspflichten gegenüber der Allgemein-
heit begründen und gibt dem einzelnen keine subjektive
Klageberechtigung²⁾.

-
- 1) Eine andere Frage und hiermit nicht zu verwechseln
ist freilich die verfassungsrechtliche Nachprüfung
gesetzgeberischer "Schlechterfüllung", d.h. wenn
sich ein Gesetz nicht im Einklang mit der Verfas-
sung befindet.
 - 2) Die hier angeschnittenen Fragen führen mitten hinein
in den Problemkreis der Erzwingbarkeit gesetzgeberi-
schen Handelns. Zwar besteht hier eine enge inhalt-
liche Verbindung zum Thema der vorliegenden Arbeit;
jedoch würde eine systematische Untersuchung der
Frage des Rechtsschutzes bei pflichtwidrigem gesetz-
geberischem Unterlassen allein vom Anspruch der Frage-
stellung her eine eigene Untersuchung gerechtfertigt
erscheinen lassen. Aus diesem Grunde soll dieser Fra-
genkomplex in der vorliegenden Untersuchung bewußt
ausgeklammert bleiben.

Schluss

In der vorliegenden Untersuchung wurde versucht, den materiellen Inhalt organisatorischer Verfassungsbestimmungen und dort insbesondere bundestaatlicher Zuständigkeits- und Kompetenzzuweisungen aufzuzeigen. Dabei erwies sich, daß sich ihre materiellen Aussagen nur vom Verfassungsganzen her erschließen und daß auch sie ihre Inhalte aus einer der Verfassung hinterlegten, für Zeit und Geschichte offenen Wertordnung beziehen, die eine Rangordnung von Verfassungsbestimmungen nur vom Inhalt, nicht aber von der systematischen Stellung her zuläßt.

Wie sich gezeigt hat, sind verfassungsrechtliche Handlungspflichten des Gesetzgebers vielfach außerhalb des Grundrechtsteils und in nicht unbeachtlichem Umfang in den Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes statuiert; gerade letztere sollten als eine Fundgrube materieller und konstitutiver Verfassungsaussagen im Zuge einer sicherlich noch weiter zunehmenden leistungsstaatlichen Tendenz als Folge geschichtlicher Entwicklungen und sozialer Strukturwandlungen mehr Beachtung finden. Dies würde zum einen dazu führen, daß die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes als materielle Verfassungskonkretisierungen stärker ins Licht verfassungsrechtlicher Relevanz rücken; auf der anderen Seite darf es aber auch nicht, wie ebenfalls zu zeigen versucht wurde, zu einer "Inflation" leistungsstaatlicher Handlungspflichten des Gesetzgebers kommen, wenn die Verfassung nicht ihre Stabilität und ihre Fähigkeit zur Integration divergierender Interessen einbüßen soll. Denn das Grundgesetz setzt eine pluralistische Gesellschaft voraus als ein Strukturelement freiheitlicher

Demokratie¹⁾, die es in ihren teilweise stark gegenläufigen geistigen und sozialen Strömungen politisch zu integrieren und möglichst zu einen gilt²⁾. Um dieser Funktion als verbindendes Element divergierender Anschauungen gerecht werden zu können, wird sich aber die Verfassung auch in Zukunft eine gewisse Neutralität zu bewahren haben.

Diese Auseinandersetzung wird sich auch in Zukunft immer weiter auf wirtschaftlich-soziales Gebiet verlagern, so daß auch der Einfluß sozialstaatlicher Leistungsinhalte und wirtschaftlicher Sachzwänge auf den Umfang verfassungsrechtlicher Gesetzgebungspflichten immer stärker zunehmen wird. Vor allem im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip wird darauf zu achten sein, daß ihm ein gewisser Spielraum zwischen objektivem Rechtsgrundsatz und subjektivem Leistungsanspruch³⁾ verbleibt, um seine integrierende Aufgabe wahrnehmen zu können. Insofern ist die Verdichtung normativer Verfassungsaussagen zu subjektiven Leistungsansprüchen sorgfältig im Auge zu behalten und sind ihr im Interesse der Rechtsstaatlichkeit Grenzen zu setzen; andernfalls droht eine Entwicklung hin zum faktisch-politisch irreversiblen, "totalen" Wohlfahrtsstaat⁴⁾, der jedoch mit einem Rechtsstaat in unserem Sinn nur noch wenig gemein hätte.

Daß den Gesetzgeber aus Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes unmittelbar verbindliche Gesetzgebungspflich-

1) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.105 unter Berufung auf Fraenkel; vgl. auch Ryffel, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, S.475 ff.

2) Hesse, Grundzüge, S.5 f.

3) Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, S.94 f.

4) Häberle, a.a.O., S.102

ten gerade im Hinblick auf die Aktualisierung des Sozialstaatsprinzips treffen können, wurde dargelegt. Auch wurde hervorgehoben, daß mit der Annahme solcher Gesetzgebungspflichten sparsam umgegangen werden muß, sollen nicht das Sozialstaatsprinzip und mit ihm auch die anderen Grundlegungen der Verfassung zur kleinen Münze werden. Denn die Stellung des Gesetzgebers, der seine Aufgaben grundsätzlich im Wege freier Entscheidungen und im Rahmen einer gesamtpolitischen Konzeption wahrnimmt¹⁾, darf in ihrem Wesen nicht angetastet werden; nur in Ausnahmefällen darf er in der Entscheidungsfreiheit über sachliche und temporäre Prioritäten sowie Wege der Konfliktschlichtung durch implizite Verfassungsbefehle eingeschränkt werden²⁾.

Auch für das hier gefundene Ergebnis gilt aber der Vorbehalt, unter den Engisch die gesamte Rechtswissenschaft gestellt hat: daß es für den Juristen eine klare Abgrenzung zwischen dem "Wahren" und dem "sicher Fehlsamen" nicht gibt und daß die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft deshalb für sich keinen Anspruch auf "Richtigkeit" oder "Wahrheit" erheben können, sondern sich damit bescheiden müssen, vertretbar zu sein³⁾.

-
- 1) Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, in: AÖR 90, 341 ff. (348)
 - 2) Dann handelt es sich aber nicht mehr lediglich um "Anstoß-Normen", wie Lerche sie bezeichnet (a.a.O., S.348).
 - 3) Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, in: Münchener Universitätsreden, n.F., Heft 35, 1968, S.22

Lebenslauf

Am 8. September 1942 wurde ich als viertes Kind des Amtsgerichtsrats Heinrich Denner und seiner Ehefrau Gerda, geb. Framm in Darmstadt geboren. Mein Vater fiel am 4.9.1944.

Von 1948 bis 1952 besuchte ich die Volksschule Adelshofen und von 1952 bis 1955 das Realprogymnasium Eppingen/Baden. Anschließend war ich bis 1959 Internatsschüler der Jugenddorf-Christophorus-Schule Obersalzberg in Berchtesgaden. Ab Herbst 1959 besuchte ich das Goethe-Gymnasium in Karlsruhe, wo ich am 9.3.1963 die Reifeprüfung ablegte.

Von 1963 bis 1965 machte ich bei der Deutschen Bank AG, Filiale Freiburg/Brsg. eine Banklehre, die ich mit der Kaufmannsgehilfen-Prüfung abschloß.

Am 30.11.1964 wurde ich von meinem Onkel, Ernst Denner, und dessen Ehefrau Brigitte, geb. Egloff, adoptiert. Mein Adoptivvater starb am 8.1.1970.

Ab dem Winter-Semester 1965/66 studierte ich zunächst an der Technischen Hochschule München, Fakultät für Brauwesen in Weihenstephan, bevor ich im Wintersemester 1966/67 mein Jurastudium aufnahm. Am 3.12.1970 schloß ich dieses Studium mit der 1. juristischen Staatsprüfung ab. Nach Beendigung des Vorbereitungsdienstes bestand ich am 28.10.1974 die 2. juristische Staatsprüfung.

Seit 22.8.1969 bin ich verheiratet mit Dr.med. Inge Denner, geb. Friemann. Wir haben zwei Söhne, Joachim, geb. 4.5.1970 und Felix, geb. 20.4.1972.

